

和仏法律学校講義録

著者	松岡 義正
出版者	和佛法律學校
巻	3-34
ページ	1-135
発行年	1903-04-28
URL	http://hdl.handle.net/10114/5383

明治三十五年十一月四日第三種郵便物認可 他月廿二日 日三十五日六日八日十日十一日十二日
日十三日十五日十六日十八日廿一日廿三日廿五日廿六日廿七日廿八日廿九日三十日發行

明治三十六年四月二十八日發行

三十五年度 第三學年ノ三十四

和佛法律學校講義錄

和佛法律學校

和佛法律學校

第三學年第三十四號目次

破 産

法 (自六〇) (迄七五〇) (完)

法學士 松岡 義正

表紙及び目次 六頁

民事訴訟法 自第六編 (自三二〇) 至第八編 (至四二〇)

法學士 松岡 義正

雜 報

○委任ノ解除ニ關スル特約ノ效力○控訴審ニ於ケル新ナル請求
○假差押命令ト財産使用權○石氏送別會

キハ其引渡ヲ管財人ニ對シテ請求スルコトヲ得又管財人ハ之ヲ引渡ササルヘ
カラス(第一〇〇六條第四項但管財人カ其義務ヲ履行セサルトキハ商法第千
三條ニ從ヒテ異議ヲ申立ツルコトヲ得ヘシ管財人ハ送達物ヲ自己ニ送達スヘ
キ旨ヲ命シタル決定ニ對シテ抗告ヲ爲スコトヲ得ス何トナレハ破産債權者團
體ハ此決定ノ廢棄ニ付キ何等ノ利益ヲ有セサレハナリ破産者ハ此命令ニ對シ
テ抗告ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤニ關シテハ獨逸法學者ノ爭フ所ナリ例ヘハ「ゾ
キフニルド」(「スチグリッ」氏等ハ破産者ハ該命令ニ對シ獨逸舊破産法第百十一條
第二項(獨逸新破産法第一二一條第二項)ニ規定シタル命令ノ廢棄又ハ制限ヲ申
立ツルコトヲ得ルヲ以テ抗告ヲ許スノ必要ナシトシテ消極的ニ論決シ「フツチン
グ」(「ペーテルゼン」(「ウッセルモースキ」氏等ハ獨逸舊破産法第六十六條獨逸新破産
法第七三條)ニ基キ即時抗告ヲ許スヘキモノト論決シタリ我破産法ノ解釋トシ
テハ予輩ハ法律上何等ノ明文ナキヲ以テ抗告ノ途ナシト論決スルヲ正當ト信
ス管財人カ送達物ノ交付命令ヲ求ムル申立ヲ却下シタル裁判ニ對シテ即時抗
告ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤ是レ亦獨逸法學者ノ爭フ所ナリ「ゾキフニルド」(「スチグ

破産法

形式的破産法觀 破産手續ノ進行 破産債權及ヒ破産財團ノ確定手續

六〇一

ラツ氏等ハ獨逸舊破産法第六十六條獨逸新破産法第七三條ニ基キ積極的ニ論決シフツチング「パータルゼン氏等ハ裁判ノ前示命令ヲ發セザルコト即チ不行爲ニ對シテハ管財人ハ抗告ヲ爲スコトヲ得ス蓋シ抗告ニ裁判アルヲ前提トスルヲ以テナリトシ之ヲ消極的ニ論決シタリ我破産法ノ解釋トシテハ予黨ハ法律上何等ノ明文ナキヲ以テ抗告ノ途ナシト論決スルヲ正當ト認ム管財人ニ送達物ヲ交付スヘキ旨ノ命令ハ他ニ何等ノ制限ナキ以上ハ破産手續中存続スルモノトス而シテ獨逸新破産法第二十一條第二項ハ破産裁判所ハ破産者ノ申立ニ因リテ管財人ヲ審訊シタル後何時ニテモ此命令ノ廢棄若クハ制限期間ノ制限或ハ送達物ノ特定ノ注意ニ關スル制限ヲ爲スコトヲ得ル旨ヲ規定シタリ我破産法ニ於テ斯ル明文ヲ缺クハ立法上ノ缺點ナリ

(ニ) 動産ノ封印 裁判所ハ破産宣告ト同時ニ債務者ノ動産ニ封印ヲ命ス(第一〇二條第一項獨逸舊破産法第一一二條同新破産法第一二四條佛蘭西商法第四五五條第四五八條封印スヘキ物件ハ動産ニシテ不動産ニ非ス何トナレハ紛失又ハ隱匿ノ恐アル物ハ動産ナレハナチ會社ノ破産ニ於テハ連帶無限ノ責任

ヲ負ヘル總社員ノ動産ニ對シテ封印ヲ命ス(第一〇二條第二項是レ佛國流ノ説明ニテハ會社ノ社員同時ニ連帶無限責任ノ法理ニ因リテ其責任ヲ負フ法意ニ基クニ非スシテ却テ連帶無限責任ノ效用ヲ害スルニ至ルヲ豫防スルニ在リ動産ノ封印ハ破産債權者團體ノ利益ノ爲メニ行フカ故ニ破産財團ニ屬セザル物件腐敗若クハ失價ノ爲メニ即時ノ換價ヲ不必要ト爲ス物件其他封印ノ爲メニ繼續利用ヲ妨ケラレザル物件(總破産債權者ノ利益ノ爲メニ破産ノ營業ヲ續行スルニ必要ナル物件(第一〇一七條參考)ノ如キハ封印ヲ爲サス蓋シ此等ノ物件ニ對シテハ封印ヲ施スカ爲メニ破産債權者團體ノ利益ヲ害シ或ハ其利益ト爲ラサルヲ以テナリ隨テ前者ノ如キハ財産目録ニ記載スルヲ以テ足レリトシ後二者ノ如キハ財産目録ニ記載シタル後之ヲ換價シ或ハ之ヲ繼續利用スルカ爲メニ管財人ニ占有セシメタルヘカラス(第一〇一四條第二項第一〇一五條第一〇一七條佛蘭西商法第四六九條第四七〇條獨逸新破産法第一二二條高價ナル物件ハ封印ヲ以テ之ヲ確實ニ保全シ得ヘキモノニ非ス何トナレハ封印破産ニ關スル刑法上ノ制裁ヲ被ルモ之ヲ隱匿セントスルノ決心ヲ容易ニ爲サシム

ルヲ以テナリ是レ法律カ斯ル物件ヲ財産目録ニ記載ノ上即時ニ管財人ニ交付スルカ又ハ一時裁判所ニ引取ルカノ特別處分ヲ規定シタル所以ナリ(第一〇〇五條末項、舊滿西商法第一四三條)手形ハ法律上明文ヲ缺クモ佛蘭西商法第四七一條其權利ノ實行ニ必要ナル方式アルヲ以テ之ヲ封印スルトキハ遂ニ手形ノ權利ヲ喪失スルノ恐アリ隨テ封印ヲ爲スコトナク財産目録ニ記載シタル後管財人ニ占有セシメ以テ手續ノ履行ヲ容易ナラシメサルヘカラス

封印手續ノ概要ヲ一言スレハ動産封印ノ命令ハ原則上破産決定書ニ記載セラレ(第九八〇條第三號第一〇〇二條第一項、佛蘭西商法第四五五條)然レトモ動産僅少ニシテ管財人カ當日ニ財産目録ヲ調製シ且之ヲ占有シ得ヘキ場合ニ於テハ又動産カ破産宣告以前ニ於テ既ニ民事訴訟法上ノ規定ニ從ヒテ或債權者ノ爲メニ差押ヘラレタルニ於テハ動産紛失ノ虞ナキヲ以テ例外トシテ動産ノ封印ヲ命スルコトナカルヘシ(差押ノ解除ヲ爲スニ仍ホ實用アルモノトシテ動産ノ封印ヲ命スト主張スル反對論アレトモ該ハ畢竟債權者ハ債務者カ破産宣告ヲ受ケタル後格別の行爲ニ因リテ破産債權者團體ヲ害スルコトヲ忘レタルノ

論ナレハ採用スルニ足ラス)實ニハ破産法ノ管財人ノ職務ニ關シテハ破産宣告以前ニ執行機關ニ付テハ佛蘭西商法第四百五十七條第一項ハ治安裁判所判事トシ破産裁判所書記ハ破産宣告以後直チニ動産ノ封印ヲ命シタル裁判ノ要旨ヲ封印執行機關ニ報告スルコトト規定シタリ獨逸ニ於テハ各聯邦ニ於テ封印執行機關並ニ其執行方法ヲ規定シタルコトハ人ノ皆知ル所ナリ我商法ハ此等ノ點ニ關シテ何等ノ明文ナシ然レトモ執達吏カ封印ノ執行機關タルコトハ執達吏規則第三條ニ據リテ明白ニシテ又破産裁判所カ特別ニ動産封印ノ命令ヲ發スルコトナク破産宣告ノ決定正本ヲ執達吏ニ付與シ封印ヲ實施スヘキコトト信ス(民事訴訟法第五三四條準用)而シテ此等ノ手續ニ關シ立法上明文ナキハ缺點タルヲ免レス

然レトモ管財人ハ債務者ノ財産ヲ占有シ且之ヲ財産目録ニ記載シタルトキハ直チニ之ヲ解封セサルヘカラス但此場合ニ於テハ財産紛失ノ恐ナク寧ロ封印カ管理ノ妨害タルヲ以テナリ動産ノ解封ハ實際上財産目録作成以前ニ爲

スラ 通常トス蓋シ動産ノ解封ハ財産ヲ財産目録ニ記載スル以前ニ於テ評價シ
或ハ員數ヲ計算スルカ爲メニ必要ナレハナリ故ニ佛國商法案ローレン氏ノ如
キハ佛國商法第四百七十九條ノ解釋トシテ封印ヲ財産目録作成ノ前手續ト認
メ管財人ハ選定以後三日内ニ解封ヲ請求シ以テ財産目録ノ作成ニ從事セザル
ヘカラスト曰ヒ解封カ常ニ財産目録作成以前ニ在ルコトヲ明言シ獨逸ノ破産
法ニ於テハ管財人ハ解封次第ニ動産ヲ財産目録ニ記載スルモノノ如シ然レト
モ我商法第五條第一項前段ハ解封カ財産目録作成以後ニ行ハルコトヲ明
示シタリ而シテ此點ニ關スル我商法起草者ノ說明ハ曖昧ナレトモ要スルニ財
團ノ流失豫防ノ爲メニ必ス管財人ノ占有ヲ必要トシ解封スルコトアルモ占有
ヲ爲ササル以上ハ(解封ヲ爲シタル後)財産目録ニ評價額ヲ記載スルノ必要上鑑
定人ノ鑑定ヲ要スル場合ニ於テハ解封ノミヲ爲シテ占有ヲ爲サス事實上ノ解
封ニシテ法律上ノ解封ニ非ストシ以テ間接ニ再封ヲ必要トシ事實上ノ解封後
直チニ財産目録ヲ作成シ以テ占有シタルトキハ事實上ノ再封ナキト同時ニ法
律上ノ解封アリ之ヲ以テ事實上ノ解封アレハ常ニ法律上ノ解封アリト謂フヘ

カラス二者全ク其成立ヲ異ニスト云フニ歸著スルヲ子輩ハ甚タ奇怪ナル説明
ナリト信ス(註釋)ハ其意ニ從フニ於テ管財人等ハ封鎖ノ解除ヲ請求スル
動産ノ封印及ヒ解封ニ關シテハ圖書ヲ作リ其認證原本ヲ破産裁判所書記課ニ
備ヘ以テ利害關係人ノ展閱ニ供セザルヘカラス(第一〇一四條第三項)獨逸破
産法第一二四條ニ於テハ(註釋)ハ其意ニ從フニ於テ管財人等ハ封鎖ノ解除ヲ請求スル
(+) 商業帳簿ノ認證 商業帳簿ハ破産ノ届出ト共ニ破産裁判所ニ提出セラレ
ルヲ通常トスト雖モ(第九七九條)若シ債務者カ其義務ヲ履行セザルトキハ封印
ヲ爲ス等ノコトナク貸借對照表ヲ作成スルノ必要アルカ爲メニ(第一〇一六條)
即時ニ之ヲ管財人ニ交付シ且同時ニ主任官ヲシテ現狀ヲ認證セシメ以テ後日
ニ於ケル増減變更等ノ紛議ノ原因ヲ絶タサルヘカラス(第一〇〇五條第三項)獨
逸新破産法第一二二條ニ於テハ(註釋)ハ其意ニ從フニ於テ管財人等ハ封鎖ノ解除ヲ請求スル
(D) 破産者ニ關スル處分 破産財團保全ノ爲メニ破産者ニ關スル處分ニ
二種アリ破産者ニ對スル處分及ヒ破産者ノ爲メニスル處分是ナリ(註釋)ハ其意
(1) 破産者ニ對スル處分トハ破産者ノ報知義務住地ヲ離レサル義務及ヒ其自

由ノ拘束ナリ破産者ハ破産裁判所及ヒ主任官ニ對シテ其求ニ因リ破産手續ニ關スル總テノ關係ニ付キ殊ニ届出債權及破産財團タルヘキ財産ニ付キ其實ナル報知ヲ爲ササルヘカラス(第一〇二條其理由ハ破産者ノ義務ヲ説明シタル當時ニ於テ略述シタルヲ以テ就テ參考セラルヘシ破産者ハ假ニ住地即チ破産宣告ノ當時ニ於テ住所ノ設アル地ヲ離レサルハ義務ヲ負フ唯リ住地ノ移轉ノミナラス旅行ヲモ爲スコトヲ得ス然レトモ破産裁判所ノ許可アルトキハ此限ニ在ラス其許可ヲ求ムル形式ハ申請ニシテ許可ノ形式ハ一ノ裁判タリ獨逸破産法ニ於テハ許可ヲ求ムル申請却下ノ裁判ニ對シ破産者ニ許スニ即時抗告ノ途ヲ以テシ又許可ノ裁判ニ對シ管財人ニ許スニ即時抗告ノ途ヲ以テシタレトモ我高法ニ於テハ斯ル旨ノ明文ナキヲ以テ不服申立ノ途ナシト謂ハサルヘカラス(第一〇〇三條第三項)破産者カ此義務ヲ負フ理由ハ破産者ノ義務ヲ説明シタル當時ニ略述シタルヲ以テ就テ看ルヘシ(第一〇〇三條第三項)破産裁判所ハ職權ヲ以テ又ハ主任官管財人若クハ債權ノ届出ヲ爲シタル破産債權者ノ申立ニ因リテ破産財團保全ノ爲メニ殊ニ破産者カ財産ヲ隱匿シ債權

ノ取立ヲ爲シ逃走ヲ爲シ其他管財人ノ職權行使ニ妨害ノ虞アリト認メタルトキハ破産者ノ監守並ニ引致ヲ命スルコトヲ得第一〇〇三條破産者カ其法定義務ヲ履行セサル場合ニ於テモ亦然リ(通知義務ノ不履行ノ場合ニ於テハ)監守若クハ引致ヲ命シ住地ヲ離レサル義務ノ強制ノ爲メニ監守ヲ命シ又破産者管財人ノ破産財團ノ占有ヲ妨害スル場合ニ於テ之ヲ廢除スル目的ノ爲メニ監守ヲ命スルコトヲ得ヘシ(監守トハ破産財團ノ危害保存ノ爲メニ擔保的監守若クハ義務者ノ法律ニ對スル意思ノ屈從ノ爲メニ強制的監守)行フ處分ニシテ又引致トハ出頭ヲ強制スル處分タリ監守又ハ引致ヲ命スル決定ハ破産者及ヒ管財人ニ送達セサルヘカラス(民事訴訟法第二四五條準用監守又ハ引致ヲ命シ若クハ之ニ關スル申請ヲ却下シタル決定ニ對シテハ我高法ニ於テハ獨逸新破産法ト異ナリ法律上何等ノ明文ナキヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス監守又ハ引致ヲ命シタル決定ノ執行並ニ費用負擔ノ方法ニ關シテ商法施行條例第四十五條第四十八條第四十九條ヲ參考スヘシ(商法施行法第一四七條監守ハ刑罰ニ非ス又必要ナキニモ拘ハラズ一日ト雖モ破産者ノ自由ヲ拘束スルハ法理上許スヘ

カヲサルカ故ニ管財人カ財産ヲ財産目録ニ記載ス且之ヲ占有シ或ハ破産手續ヲ停止シ第九八二條其他逃走財産隠匿等ノ虞ナキニ因リタルトキ其主任官ハ管財人破産者債權ノ届出ヲ爲シタル債權者ノ申立ニ因リ職權ヲ以テ決定シ形式ニ依リ破産者ノ釋放即チ其監守ヲ免セサルヘカラス又破産事件ノ事情ニ基キテ釋放ノ事由ニ確信ヲ置クコト能ハサルトキハ必要ニ應ジテ何時ニモ出頭スヘキ旨ノ擔保ヲ供スルコトヲ條件トシテ釋放ノ決定ヲ爲スコトヲ得是レ可成の人ノ自由ヲ拘束セサルノ法意ニ基キテ法律ハ擔保ノ種類ヲ限定セス故ニ裁判所ハ物上擔保民法第三百四十二條第三百六十九條ニ所謂第三者ノ供シタル質權抵當權ノ類對人擔保保證若クハ現金供託等ノ方法ヲ以テ破産者カ其義務ヲ履行セザリシ場合ニ支拂フヘキ特定ノ金額裁判所ノ自由意見ヲ以テ之ヲ決定シ指定シテ釋放ノ擔保ト爲スコトヲ得唯破産者以下ノ親戚若クハ他人ノ支拂ニ斯ル金錢タルコトヲ必要トスルノミ蓋シ破産者ノ金錢ハ破産財團ニ屬スルヲ以テ之ヲ擔保ノ用ニ供スルモ何等ノ實益ナケレバカサテ其財團ニ破産者カ其出頭義務ニ違反シタルトキハ擔保ヲ取上ケテ之ヲ財團ニ加ヘ破産

債權者團體ヲ利ス第一〇〇四條商法施行條例第五〇條商法施行法第四七條釋放ヲ爲シタル決定又ハ釋放ヲ求ムル申請ヲ却下シタル決定ニ對シテハ我商法ノ解釋ハ獨逸破産法ト異ニシテ法律上何等ノ明文ナキカ故ニ不服申立ノ途ナキモノト謂ハサルヲ得ス然レトモ監守ヲ命シ又ハ之ヲ免スル決定ハ監守ノ事由ノ表目ヲ以テ標準ト爲スカ故ニ裁判所ハ監守ヲ免スル決定ヲ爲シタル後猶ホ監守ノ事由存在シ或ハ再發シタリト認メタルトキハ更ニ監守ヲ命スル決定ヲ爲シ又其後該事由カ消滅シタリト認メタルトキハ更ニ監守ヲ免スル決定ヲ爲スコトヲ得ヘシ破産者カ會社其他ノ法人カルトキハ其機關タル社員又ハ取締役カ報知ノ義務及ヒ住所ヲ離レサルノ義務ヲ負ヒ又監守及ヒ引致ノ強制處分ヲ受クルモノタリ第一〇〇三條第二項第三項準用破産者カ無能力者ナルトキハ其法定代理人カ前示ノ義務ヲ負ヒ又前ノ強制處分ヲ受クルモノナルヘシ但破産者カ無能力者ナリト雖モ其行爲ニシテ破産財團ヲ害スルノ虞アルトキハ破産財團保全ノ爲メニ此破産者ヲ監守スルコトヲ得ヘシ然レトモ住地ヲ離レサルノ義務ハ法定代理人ノ負フモノニ非ストノ反對論アルヲ以テ特ニ注

意ヲ望ムル。破産者ノ爲メニスル處分トハ扶助料ノ給與及ヒ報酬ノ付與ニ外ナラス破産者ニ對シテハ前ニ述ヘタルカ如キ義務ヲ負ハシメ又自由ヲ拘束スルコトアルヲ以テ強制處分ヲ爲シ又ハ義務ニ違背スルノ必要ナル事情ヲ惹起サシメタルヲ要ス然ラスンバ徒ニ難キヲ人ニ責ムルモノト謂フ。是ヲ以テ法律ハ破産者カ自然人ニシテ自ラ營利ノ業務ヲ爲スコト能ハサルカ若クハ他ニ生活維持ノ費用ヲ得ルノ途ナキ場合ニ於テ主任官ノ自由ナル意見ニ因リ破産財團中ヨリ破産者及ヒ其家族ノ生活ニ必要ナル費用即チ扶助料ヲ此等ノ者ニ給與スルコトヲ得セシメタリ(第一〇〇七條)。

扶助料ハ給付ハ主任官ノ自由ナル意見ニ基クモノニシテ破産者及ヒ其家族ニ扶助料請求權アルハ法意ニ非ス隨テ破産者及ヒ家族等ハ權利トシテ之ヲ請求スルコトヲ得タルヤ當然ナリ是故ニ商法第七七條ニ曰ク破産主任官ハ云云扶助料ヲ與フルコトヲ得下佛蘭西商法ニ於テハ扶助料ヲ給與ヲ拒絕シタル主任官ノ命令ニ對シ不服申立ノ途ヲ認メルヨリシテ破産者ノ權利ナリト主張スル者多シ

然レトモ破産主任官ノ自由ナル意見ニ因リテ扶助料ヲ給付スヘキモノト認メラレタル以上ハ其命令ノ取消マテハ一ノ破産財團上ノ請求權トシテ裁判上又ハ裁判外ニ之ヲ主張スルコトヲ得ヘシ特別ノ勞務ニ對シ報酬ヲ與フルハ當然ノ事理ナリ故ニ破産者管財人ノ求ニ因リ其執務ヲ補助シタル場合ニ於テ主任官ハ其自由ナル意見ヲ以テ破産者ニ報酬ヲ與フルコトヲ得破産者ニ當然俸給ヲ與フルハ管財人ノ執務ヲ補助スル獎勵ノ爲メニハ最モ適當ナリ(第一〇一二條第二項)報酬ノ付與モ亦扶助料ノ給與ト同シク主任官ノ自由ナル意見ニ基クモノニシテ破産者ノ權利ニ非ス故ニ商法第十二條ニ「得」ト云ヘル文字アリ然レトモ主任官ノ付與スヘキ命令アル以上ハ其取消アルニ至ルマテハ一ノ破産財團ノ請求權トシテ主張スルコトヲ得ヘシ但破産者カ管財人ニ對シ雇傭契約上ノ責任ヲ負ヒタル場合ニ於テ報酬ヲ要求スルコトハ一ノ權利ナルヤ疑ナシ

(二) 破産財團ノ換價 管財人ハ破産財團ニ屬スル財産ヲ破産財團ノ目的ヲ以テ各破産債權者ニ平等の滿足ヲ得セシムルカ爲メニ破産財團ニ屬スル總財産

(破産財團ヨリ別除セラル別除權ノ目的物ヲ包含ス)ヲ換價セラル(カラス)(第一〇一二條)破産ノ目的ヲ達スルカ爲メニ破産財團ノ換價ノ其目的ニ從ヒテ三種ニ別ツコトヲ得(第一管理費用ヲ得ルカ爲メニスルモノ)(第二損失ヲ避クルカ爲メニスルモノ)(第三配當ノ爲メニスルモノ)即チ是ナリ(第一管理費用第一ノ換價ハ破産財團ノ管理上缺クヘカラサルノ費用ヲ得ルニ在ルヲ以テ其必要ノ限度ヲ超エテ破産當事者ノ利益殊ニ協同契約ヨリ生スヘキ破産者ノ利益ヲ害スヘカラス第二ノ換價ハ保全費用ヲ要スル物件若クハ損敗スヘキ物件ヲ急速ニ賣却シ破産當事者ノ受クヘキ損害ヲ防止スルニ已ムヲ得サルノ方法ナリ第三ノ換價ハ破産ノ最終ノ目的ヲ達スルニ必要ナル方法ナリ隨テ管財人ハ總破産債權額ニ比シテ過大ニ失スル賣却ヲ避ケ破産者ノ利益ヲ害セサルコトニ注意セサルヘカラス而シテ破産終局ノ一方法ニ依リ協同契約成否未確定ナル以上ハ破産手續ノ開始以後債權者第一集會ヲ終了シテ又ハ協同契約ノ提供アルトキハ其終局手續アルヲ第一〇三八條總テ利害關係人ニ對シテ有益ナル此終局方法ヲ成立セシムルカ爲メニ管財人ハ破産財團ヲ換價スヘカラス

然レトモ第一及ヒ第二ノ換價ハ缺クヘカラサルカ又ハ已ムヲ得サル方法ナルヲ以テ此制限外ニ在リト謂フベシ(第一〇〇五條)財團ノ爲メニ是ノ即時ノ換價)ハ破産財團ノ換價トハ破産財團ニ屬スル目的物ヨリ金錢若クハ金錢的價額ヲ得ルノ行爲ナリ破産財團ニ屬スル目的物ヲ破産債權者ニ對シ其配當額請求權ノ滿足ノ爲メニ又破産財團上ノ請求權者ニ對シ其請求權ノ滿足ノ爲メニ交付代物辨濟シタルトキハ破産財團ヨリ金錢的價額ヲ得ルノ換價ナリト謂フコトヲ得ヘシ破産財團ヲ換價ニ關スル管財人ノ權限及ヒ其手續等ニ付キ左ニ之ヲ略述スヘシ(第六條第一二三四條第一三三條第一三四條)第一三三條第一三四條(A)管財人ノ權限 管財人ハ破産財團ヲ換價スルノ權限ヲ有ス故ニ破産財團ニ屬スル財産ヲ各別的ニ又ハ一括的ニ讓渡スコトヲ得破産者ノ營業ヲ讓渡シ商品ノ全體ヲ商店ト共ニ讓渡スカ如キハ一括的ノ讓渡ナリ破産債權者團體ノ爲メニ破産者ノ生活上ノ工夫ヲ利用スルコトヲ得破産債權者團體ノ計算ニ於テ破産者ノ營業ヲ續行シ成ハ破産財團ニ屬スル財團ヲ貸貸スルカ如キ類又破

破産財團ニ屬スル債權ノ取立ヲ爲スコトヲ得又之ヲ譲渡スルコトヲ得管財人ハ破産手續開始決定ニ因リテ當然取立權ヲ有シ特ニ取立權ヲ移轉スルノ名義ヲ必要トセス

(B) 換價ノ手續ヲ譲渡ニ依リ破産財團ヲ換價スルノ手續ハ各國立法例各異ナレリ獨逸獨逸舊破産法第一一六條第一二七條第一二二條第一二二條同新破産法第一二六條第一二七條第一三三條第一三四條ニ於テハ從來行ハレタル執行手續ニ關スル規定(破産手續ニ適用スルノ原則ヲ廢止シ管財人ヲシテ適當ト認メタル方法ニ依リ自由ニ換價スルコトヲ得セシメタリ故ニ相對賣買ヨリモ執行手續ニ依リ換價ヲ適當ト認メタルトキハ後者ニ依ルコトヲ得是レ換價方法ヲ就賣ニ限定スルカ如キハ破産ヲ以テ單純ナル執行手續ト爲サズシテ清算手續ト爲スノ思想ニ適セス且破産ノ目的ヲ達スルニ適當ナラストノ理由ニ基ケルナルヘシ然レトモ利害關係人ノ利益保護ノ爲メニ特定ノ場合ニハ債權者集會若クハ債權者委員會ノ協賛ヲ必要ト爲シタリ例ヘハ債權調査期間終了前ニ動産ヲ換價スルニハ債權者委員會ノ同意ヲ必要トシ不動産ヲ相對賣却スル

ニハ債權者委員會若クハ之ヲ缺クトキハ債權者集會ノ同意ヲ必要ト爲スカ如シ金三百マルク以上ノ債權ヲ有スル債權ヲ交換代物辨濟等ノ如キ通常取引所ニ行ハルル換價方法ニ依ラスシテ換價スルニハ債權者委員會アル場合ニ於テ之カ同意ヲ必要ト爲シタリ佛蘭西佛蘭西商法第五三四條第五七二條第五七三條ニ於テハ動産ハ破産主任官ノ監督ノ下ニ於テ管財人カ自己ノ自由意見ヲ以テ或ハ就賣ノ方法ニ依リ或ハ相對賣買ニ依リ換價スルコトヲ得破産終局方法確定以前ノ動産ハ換價ハ例外トシテ已ムコトヲ得ナルモノナレハ破産主任官ノ認可ヲ受ケ破産者ノ意見ヲ聽キタル後ニ非スンハ賣却スルコトヲ得ス不動産ハ破産主任官ノ認可ノ下ニ於テ管財人カ特定期間内ニ未成年者ノ所有財產ヲ賣却スルト同一ノ形式ニ於ケル就賣ニ依リ賣却シ且破産裁判所ノ認可ヲ受ケタルヘカラス債權其他ノ財產權ニ付キ有期附條件附係爭債權者無實力等ノ事情アルカ爲メニ取立困難ナルトキハ破産債權者團體カ破産裁判所ヲシテ破産者ノ意見ヲ聽キ適當ナル譲渡ヲ認可セシメ管財人ヲシテ之ニ必要ナル行為ヲ爲サシム英吉利英吉利破産法第五六條ニ於テハ管財人カ破産者ノ總財產ノ

全部又ハ一部ヲ支拂期ニ達シタルト否トニ拘ハラス公賣ニテ或ハ相對賣却ニテ換價スルコトヲ得我商法ハ公平ヲ期シテ可成の高價ニ賣却スルノ目的ヲ以テ原則トシ換價ノ手續ヲ民事訴訟法上ノ手續ニ依レル賣却ト定メタリ民事訴訟法第五七二條以下第六四〇條以下故ニ動産ニ關シテハ執達吏又不動産ニ關シテハ其所在地管轄區裁判所カ競賣ノ機關トシテ之ヲ實施ス(第一〇一八條但法文不明ナルヲ以テ管財人自身カ執行機關トシテ競賣ニ從事ストノ說アリ而シテ不動産ニ關シテハ法律カ之ヲ重要視シテ管財人カ競賣機關タル區裁判所ニ申請スル以前ニ於テ主任官ノ認可ヲ受クルヲ必要ト爲セリ相對賣却ハ競賣ヨリ手數ヲ省略シ費用ヲ節約スルニ適當ナル換價方法ナルヲ以テ例外トシテ動産ニ限リ相對賣却ヲ許セリ然レトモ主任官ノ認可ヲ受クルヲ必要トス是レ相對賣却ノ競賣ヨリ適當ナルヤ否ヤヲ主任官ニ判斷セシムルカ爲メナリ有期ノ債權其他ノ財產權ノ換價ニ關シテハ法律上別ニ明文ナキヲ以テ民事訴訟法第六百二十條第六百二十五條ヲ準用シテ換價スヘキモノト信ス第一〇一八條第二項立法論トシテハ破産ノ目的ハ各破産債權者ニ最モ節約的配當ヲ得セシム

ルニ在ルヲ以テ英吉利獨逸ニ於ケルカ如ク換價ノ方法ヲ管財人ノ自由意見ニ任スルヲ正當ト認ム形式ニ適セザル換價即チ主任官ノ認可ヲ受タヘキニ之ヲ受ケザリシ譲渡ハ無効ナリ何トナレム該ハ管財人ノ權限外ニ涉ルモノナレハナリ唯善意ノ財產取得者ハ占有ノ效力トシテ權利ヲ取得スルニ過キス民法第一九二條故ニ換價ハ有效ニシテ唯管財人カ責任ヲ負フニ止マルト云フ論旨ハ失當ナリ競賣手續其モノニ反スル換價ノ效力ノ有無ハ民事訴訟ノ法理ニ從ヒテ之ヲ定ム

(C) 財團收入金ノ供託 債權ノ取立財團ヲ讓渡等ニ因リテ生シタル財團ニ散入スヘキ性質アル金錢ヲ供託スルコトハ各國立法例ノ殆ト一致シタル原則ナリ我商法第一〇二〇條モ亦管財人カ此種ノ金錢ヲ供託所ニ供託シテ主任官ノ支拂命令アルニ非サレハ支出スルヲ得サルモノト規定セリ蓋シ徒ニ現金ヲ管財人ノ手ニ存セシムルハ唯リ不生産の利息ヲ生セサルヲ以テ行爲タルノミナラス管財人ノ消費其他紛失等ノ危險ヲ防止スルカ爲メニ供託所ニ供託シ又ハ經費ヲ避タルカ爲メニ主任官ノ支拂命令ニ依ルニ非サレハ支出スルコトヲ得

セシメサルノ注意ナリト信ス但破産手續ノ進行ニ通常必要ナル支出額ヲ管財人ノ手ニ存セシメ以テ供託手續ノ煩雜ヲ避ケシメ若クハ管財人ニ於テ故ナク供託ヲ遅延シタルトキハ供託ニ因リテ生スヘキ利息ヲ支拂ハサルヘカラサルノミナラス不誠實ノ管財人トシテ解職セラルコトアリ(商法施行條例第四二條)商法施行法第一四七條破産財團中ニ現存シタル金銭モ亦同一理由ニ因リ供託セサルヘカラス

(三) 破産財團ノ管理及ヒ換價ニ關スル破産主任官及ヒ破産裁判所ノ干與 貸金ノ取立時効ノ中断登記ノ記入等ノ如キ財團ノ保存行為ハ破産財團ヲ利スルコトアルモ之ヲ損スルコトナキヲ以テ管財人ハ單獨ニ爲スコトヲ得然レトモ關係人ノ利害ニ重大ノ關係アル處分行爲ハ管財人カ單獨ニ爲スコトヲ得ス破産裁判所ノ決定若クハ破産主任官ノ認可ヲ必要トス是レ利害關係人ノ利益ヲ擔保スルノ法意ニ基ケリ左ニ之ヲ分説スヘシ

(A) 破産者ノ營業ノ續行 破産宣告ノ當時マデ於テ破産者ノ爲シ來リタル營業ヲ突然廢止スルハ顧客ヲ散失セシメ大ニ破産債權者及ヒ破産者ノ利益ヲ

害ス總破産債權ヲ完済スルニ十分ナル破産財團アルニ拘ハラズ破産者ノ營業ヲ廢止シ破産者ニ利益ヲ被ラシムルハ失當ナルノミナラス總破産債權者ニ對シ何等ノ利益スル所ナシ又協賛契約ノ豫期セラルルニ拘ハラズ猶ホ營業ヲ廢止セハ爾後協賛契約ノ成立スルニ至ルモ破産當事者ニ對シ何等ノ實益ナカルヘシ殊ニ營業ノ廢止ハ總破産債權者ノ共同擔保タル財團ヲ損スルモノト謂フヘシ是ヲ以テ法律ハ破産裁判所ヲシテ主任官ノ申立ニ因リ管財人ノ意見ヲ聽キ其當否ヲ判斷シ決定ヲ以テ營業ノ續行ヲ許スコトヲ得セシメタリ管財人ハ營業續行ノ許可アリタル場合ニ於テハ既ニ著手セラレタル營業行為ヲ完成スルノミナラス新ニ營業行為ヲ爲スコトヲ得ヘシ殊ニ特別ノ認可ヲ要セシシテ商品ヲ買入レ或ハ之ヲ販賣スルコトヲ得但營業續行ト雖モ財團ノ換價ノ爲メニスルモノナルヲ以テ管財人ハ之ニ必要ナル行為ニ非スルハ爲スコトヲ得サルヤ明カナリ管財人カ營業續行ヲ許可ナキニ之ヲ續行シタルトキハ其營業行為ハ無効ナリ何トナレハ該ハ管財人ノ權限外ノ行為ナレハナリ而シテ之カ爲メニ生シタル損害ニ付キ管財人ハ破産債權者團體各破産債權者及ヒ

破産者ニ對シテ賠償ノ責任ヲ負フ
破産者ノ營業ヲ續行スル場合ニ於テ管財人カ破産財團ニ屬スル物件ヲ通常ノ營業外ニ賣却スルヲ利益ト認メタルトキ例ハ書籍ノ流行漸次ニ衰フルニ至リタルヲ以テ急速ニ賣却スルヲ利益トシ營業的賣却ヲ爲スニハ却テ保存費用ヲ要スル物件ナルヲ以テ急速ニ營業外ニ賣却スルヲ利益ト認メ主任官ノ認可ヲ受ケタルトキハ營業外ニ於テ賣却スルコトヲ得蓋シ營業外ノ賣却ハ關係人ノ利害ニ關係スルヲ以テナリ(第一〇一七條)

(B) 商法第十九條ニ規定シタル行爲 管財人ハ破産者ノ意見ヲ聽キ且破産主任官ノ認可シタル後ニ非サレハ左ノ行爲ヲ爲スコトヲ得ス
第一 訴訟ヲ爲スコト 訴訟ヲ爲ストハ管財人カ破産財團ニ關スル訴訟ヲ提起スルヲ謂フ破産債權ニ關スル訴訟ハ商法第二百六條以下ノ規定ニ依ルヘキモノナルヲ以テ茲ニ所謂訴訟中ニ包含セズ(商法第十九條第一號)第五章財團ノ管理及ヒ換價ノ表題ノ下ニ在ルヲ以テ其意見ヲ解スルヲ得ヘシ訴訟ハ法文上何等ノ區別ナキヲ以テ本訴反訴及ヒ督促手續ヲ指示スヘシト謂フヘシ

既ニ繼續シタル訴訟ハ訴ノ提起ニ非サレハ以テ主任官ノ認可ヲ要セズ

第二 和解契約又ハ仲裁契約ヲ取結フコト 仲裁契約ハ當事者カ其間ニ成立シタル訴訟事件ヲ一名又ハ數名ノ仲裁人タル一私人ニ判斷セシムルノ合意ニシテ民事訴訟法第七八六條和解契約トハ當事者相互ノ讓歩ヲ以テ或權利ノ不確定若クハ其履行ノ不確實ヲ除去スルコトヲ目的トスル契約ナリ而シテ其種類ニハ裁判上ト裁判外トノ別アルハ既ニ諸君ノ知ラルル所ナリ(民法第六九五條民事訴訟法第三八一條)

第三 質物ヲ受戻スコト 質物ノ受戻トハ別除請求權ノ目的物ノ受戻ニシテ民法上質權ノ目的物ノ受戻ト解スルハ狹キニ失ス質物ノ受戻ニハ其前提トシテ別除請求權ノ承認即チ破産財團ヲ減少スルノ原因アルヲ以テナリ
第四 債權ヲ轉付スルコト 債權ノ轉付トハ債權ノ取立ニ非ス讓渡交換代物辨濟相殺等ノ如キ通常ナル債權ノ換價ト異ナレバ換價方法ヲ謂フ
第五 相續又ハ遺贈ヲ拒絕スルコト 漫ニ相續又ハ遺贈ヲ拒絕スルハ破産財團ノ增加ヲ害スルヲ以テ管財人ノ單純ナル職權ニ屬セズ

第六 消費借ヲ爲スコト 債權人ノ破産債權ニ關シテ

第七 不動產ヲ買入ルコト 即チ管財人カ破産財團ヨリ不動產ノ取得ニ對

スル反對給付ヲ供シ又ハ供スル旨ノ約ヲ爲スコトヲ得ス

第八 權利ヲ放棄スルコト 債權人ノ破産債權ニ關シテ

第九 總テ財團ニ新ナル義務ヲ負ハシムルコト 即チ破産財團ニ屬スル財產

ヲ擔保ノ目的物トシ債務者ノ變更ニ因レバ更改ヲ爲シ破産債權者團體ヲ債務

者ト爲ス更改貸借ヲ爲スカ如キ行爲ハ主任官ノ認可ヲ要ス別除請求權別離請

求權及ヒ破産財團上ノ請求權ノ認諾ハ法律上明文ヲ缺クモ破産財團ノ減少ヲ

來スヲ以テ主任官ノ認可ヲ要スルモノナルベシ動產ノ相對賣却及ヒ營業續行

ノ場合ニ於テハ營業外ニ破産財團ニ屬スル物件ノ賣却ニ關シテハ主任官ノ認

可ヲ要スルコト前ニ述ヘタル所ナリ管財人カ此等ノ法則ニ反シ主任官ノ認可

ヲ得スシテ爲シタル行爲ハ權限外ニ涉ルヲ以テ無効ナリ(民法第一一〇條)獨逸

ノ破産法ニ於テハ斯ル行爲ハ債權者集會若クハ債權者委員會ノ同意ヲ得ルヲ

要スト規定シ且此規定ハ破産債權者團體ノ管財人トノ間ニ行ハレ管財人ト第

三者トノ間ニ行ハレタル權利行爲ノ效力ニ影響ヲ及ホスモノニ非タルヲ以テ

管財人カ債權者集會若クハ債權者委員會ノ同意ヲ得スレバ爲シタル行爲ハ其

相手方タル第三者ニ對シテ有效ナリ唯管財人カ職務違反トシテ之カ爲メニ生

シタル損害ヲ破産債權者團體ニ對シテ賠償スヘキノミ隨テ管財人ハ先ニ示シ

タルカ如キ行爲ヲ爲スニ際シ債權者集會若クハ債權者委員會ノ同意ヲ得ルヲ

旨ヲ立證スルヲ要セス又行爲ノ有效ナル相手方タル第三者ノ善意ナルコトヲ

要セザレハナリ獨逸ノ破産立法例ハ取引ノ安全ヲ保ツニ有益ナルヲ以テ立法

上正當ト信ス(其後)之ヲ以テ管財人ノ職務違反トシテ之カ爲メニ生

シタル損害ヲ破産債權者團體ニ對シテ賠償スヘキノミ隨テ管財人ハ先ニ示シ

タルカ如キ行爲ヲ爲スニ際シ債權者集會若クハ債權者委員會ノ同意ヲ得ルヲ

旨ヲ立證スルヲ要セス又行爲ノ有效ナル相手方タル第三者ノ善意ナルコトヲ

要セザレハナリ獨逸ノ破産立法例ハ取引ノ安全ヲ保ツニ有益ナルヲ以テ立法

上正當ト信ス(其後)之ヲ以テ管財人ノ職務違反トシテ之カ爲メニ生

シタル損害ヲ破産債權者團體ニ對シテ賠償スヘキノミ隨テ管財人ハ先ニ示シ

タルカ如キ行爲ヲ爲スニ際シ債權者集會若クハ債權者委員會ノ同意ヲ得ルヲ

旨ヲ立證スルヲ要セス又行爲ノ有效ナル相手方タル第三者ノ善意ナルコトヲ

要セザレハナリ獨逸ノ破産立法例ハ取引ノ安全ヲ保ツニ有益ナルヲ以テ立法

上正當ト信ス(其後)之ヲ以テ管財人ノ職務違反トシテ之カ爲メニ生

シタル損害ヲ破産債權者團體ニ對シテ賠償スヘキノミ隨テ管財人ハ先ニ示シ

タルカ如キ行爲ヲ爲スニ際シ債權者集會若クハ債權者委員會ノ同意ヲ得ルヲ

旨ヲ立證スルヲ要セス又行爲ノ有效ナル相手方タル第三者ノ善意ナルコトヲ

要セザレハナリ獨逸ノ破産立法例ハ取引ノ安全ヲ保ツニ有益ナルヲ以テ立法

上正當ト信ス(其後)之ヲ以テ管財人ノ職務違反トシテ之カ爲メニ生

シタル損害ヲ破産債權者團體ニ對シテ賠償スヘキノミ隨テ管財人ハ先ニ示シ

タルカ如キ行爲ヲ爲スニ際シ債權者集會若クハ債權者委員會ノ同意ヲ得ルヲ

旨ヲ立證スルヲ要セス又行爲ノ有效ナル相手方タル第三者ノ善意ナルコトヲ

要セザレハナリ獨逸ノ破産立法例ハ取引ノ安全ヲ保ツニ有益ナルヲ以テ立法

強制執行ハ破産債權者ノ爲メニ差押ヘタル破産財團ノ管理及ヒ換價ニ因リテ得タル金額ヲ破産手續ニ參加シタル債權者ノ爲メニ其債權ノ順位若クハ平等ノ割合同順位ナルトキハニ應シテ満足ノ用ニ供スルコトニ因リテ終局ス蓋シ破産財團ノ管理及ヒ換價ニ因リテ得タル金額ヲ破産手續ニ從ヒテ破産債權者ニ配當スルハ破産手續ノ目的ナルヲ以テ該目的ヲ達スルニ因リ破産手續ノ終了スルハ當然ナレハナリ金錢債權ニ付テノ強制執行ニ於テ差押債權者カ債務者ト和解シテ其差押ニ因リテ得タル權利ヲ拋棄シ以テ強制執行ヲ中途ニテ止ムルコトヲ得ルト同シク破産の強制執行ニ於テ破産債權者團體カ破産者ト和解シ其破産の差押ニ因リテ得タル權利ヲ拋棄シ以テ破産の執行ヲ中途ニテ止ムルコトヲ得ヘン斯ル終了ノ方法ヲ協議契約ト曰フ金錢債權ニ付テノ強制執行ニ於テ差押物ヲ換價スルモ強制執行ノ費用ヲ償ヒテ剩餘ヲ得ルノ見込ナキトキハ強制執行ヲ爲ササルト同シク民事訴訟法第五六五條第六五六條ニ破産の強制執行ニ於テ破産手續費用ヲ償フニ足ルハ破産財團カ存在セサルトキハ破産手續ノ進行ヲ妨ク即チ之ヲ停止ス其他金錢債權ニ付テノ強制執行ノ進行ヲ爲ササルト同シク破産の強制執行ニ於テ破産債權者ノ各自ノ承諾ヲ得タル破産者ノ破産手續ノ停止ヲ求ムル旨ノ申立ニ因リテ破産手續ヲ停止スルヲ當然トス獨逸破産法ハ破産手續ノ終局方法トシテ此四者ヲ認メ我商法ハ前者ヲ認メ又佛蘭西商法ハ後者ヲ認メサリシ左ニ之ヲ分説スヘシ

第一款 破産手續ノ停止

學理上破産手續ノ停止ニ破産手續費用ノ不足ニ基クモノト破産債權者ノ同意ニ基クモノトノ二者アリ前者ハ我破産法ノ認ムル所ニシテ後者ハ我破産法ノ認メサルコトハ前述シタル所ナリ又破産手續ノ停止トハ其手續ノ進行ヲ妨タルモノニシテ手續其モノノ終了ニアラス故ニ狹義カ破産手續ノ終局ノ外ニ在ルヤ言フ埃タス破産手續費用ノ不足ニ基ク停止ハ破産手續ヲ償フニ足ル破産財團ノ存セサルカ爲メニ破産手續ノ進行ヲ止メ且ツ破産債權者ノ爲メニ其之ニ對スル各別的執行禁止ノ效力ヲ止息セシムル裁判所ノ命令ニ外ナラス而シテ該制度ハ大同小異ノ規定ニ於テ各國ノ立法カ認メタル所ナリ佛蘭西商法第

五二七條第五二八條白耳義商法第五三六條伊太利商法第八一七條獨逸破産法第二〇四條乃至第二〇六條埃太利破産法第一五四條第六六條等

(A) 要件

破産手續費用ノ不足ニ基ク破産手續ノ停止ハ該用語自體ニ於テ言顯ハサルカ如ク實體的ニ要件トシテ破産手續費用ヲ償フニ足ル破産財團ヲ存セサルコトヲ要ス斯ル場合ニ於テハ破産財團ヲ以テ破産債權者ニ満足ヲ得セシムル破産ノ目的ヲ事實上達スルコト能ハサルヲ以テ破産手續ヲ進行スルコトハ徒ニ金錢ヲ費シ手數ヲ煩ハスニ過キナルノミナラス費用ノ支途ナキヲ以テ該手續ヲ進行スルコトヲ得サレハナリ是ヲ以テ獨逸破産法第一〇七條第一項第二〇四條第一項埃太利破産法第一五四條第六六條ニ於テハ裁判所ヲシテ破産者ノ財産カ破産手續費用ヲ償フニ足ラスト認メタル場合ニ於テ破産宣告ノ申立ヲ却下シ又ハ既ニ開始シタル破産手續ノ進行ヲ停止セシメタリ(佛蘭西ニ於テハ千八百七年ノ商法ニ於テ破産手續費用ヲ償フニ足ルヘキ財團ヲ存セサル場合ニ處スヘキ規定ナカラシヨリ事實上斯ル場合ノ發生シタルトキニ於テハ已ムヲ

得ス破産手續ヲ停止スルコトト爲リ隨テ一面ニ於テハ管財人ハ破産手續ニ從事セサルヲ以テ債務者カ破産者ニアラサルモノノ如クニ行動シ他ノ一面ニ於テハ破産宣告カ存スルヲ以テ各別ノ執行行為ヲ禁止セラレタル各破産債權者ハ破産者カ爾後財産ヲ取得スルコトアルモ之ヲ差押フルコト能ハサルノ結果ヲ來シ破産者ハ概テ破産宣告以前ニ於テ破産手續費用ヲ償フニ足ラサル財産ノミヲ有スルコトニ著眼シ各債權者ノ訴追ヲ免レントスルノ現象ヲ呈シタルヲ以テ現行商法タル千八百三十八年ノ法律ハ破産手續費用ヲ償フニ足ラサル破産財團ノ存スル場合ニ於ケル停止ヲ規定シタリ佛蘭西商法第五二七條第五二八條白耳義商法第五三六條伊太利商法第八一七條而シテ同法ニ於テハ破産者ニ對シ汚辱ノ表彰ヲ被ラシメ以テ之カ洗滌ヲ勉メシムルト破産債權者ノ利益ヲ將來ニ保護シ各別ノ執行ニ於ケル利己行動ヲ妨クル目的ヲ以テ總令翌日ニ至リ破産手續ノ進行ヲ停止スルコトアルモ必ス破産ノ宣告ヲ爲シ國家カ之カ爲メニ必要ナル費用ヲ立替フルニ似タリ佛蘭西商法第四六一條)

我商法ハ佛蘭西法系ニ則リ債務者ノ無資力ノ爲メニ却テ破産宣告ノ效力ヲ免

ルノ奇觀ヲ避クルカ爲メニ破産ノ宣告及ヒ其公告手續ハ之ヲ實施シ第九八二條前條ノ手續ヲ除ク外其他ノ破産手續ハ停止スルヲ以テ破産者ノ財産カ破産手續ノ費用ヲ償フニ足ラサル場合ニ於ケル關係ヲ明示シタリ第九八二條第一項上段破産ノ宣告及ヒ其手續費用ハ債權者ノ豫納シタル破産手續費用額ヲ以テ之ニ充テ又ハ國庫カ假ニ之ヲ支辨スヘキモノナルコトハ商法施行法第三十九條第四百十條ノ明文上疑ナシ故ニ苟モ破産者ノ財産カ破産手續ノ費用ヲ償フニ足ル以上ハ總令破産財團ト破産債權トノ間ニ大ナル懸隔アルヤ又ハ破産財團ノ換價カ困難ナルトキト雖モ破産手續ノ進行ヲ停止セズ破産者ノ財産カ破産財團トシテ破産手續費用ヲ償フニ足リ破産債權ニ充ツル場合ニ於テ亦然リ(第九八二條第一項)破産手續ノ費用ヲ償フニ足ラサルトキ(一)立法論トシテハ破産ハ一ノ強制執行ナルヲ以テ民事訴訟法第五百六十四條第三項第六百五十六條ノ法意ニ於ケルカ如ク停止スト爲スヲ正當ト信ス但シ破産者ノ財産カ破産手續費用ヲ償フニ足ラサル場合ニ於テ破産手續費用ノ擔保又ハ其他供託アリタルトキハ費用ノ支途アルヲ以テ破産裁判所カ破産手續ヲ續行スル

コトヲ得ヘシ獨逸破産法ハ明文ナキモ新ル場合ニ於テ破産手續ノ爲不爲ヲ裁判官ノ自由ナル意見ニ任シタリトノ學說アリ佛蘭西商法第五百二十八條ニ於テハ破産其他ノ利害關係人カ破産手續費用ヲ償フニ足ル金錢ヲ管財人ニ寄託シタルトキハ破産手續ノ續行ヲ爲スヘキモノノ如シ(實體的要件)破産手續費用ノ不足ニ基テ破産手續ノ停止ハ形式的要件トシテ破産裁判所ノ決定アルコトヲ要ス我商法ニ於テハ停止ノ形式ニ關シ特ニ明文ナシト雖モ破産裁判所カ職權ヲ以テ又ハ管財人各利害關係人等ノ申立ニ因リ決定ノ形式ヲ以テ破産手續ノ停止ヲ命シ且該決定ニ對シテハ各利害關係人並ニ破産債權者管財人及ヒ破産者ヨリ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ヘキコトハ破産ノ一ノ強制執行タル性質ヨリ推理シテ明瞭ナリト謂フヘシ(民事訴訟法第五四三條第三項第五五八條準用(商法)明文ナキヲ以テ抗告ヲ許サストノ反對論アリ破産手續ノ停止ヲ命シタル決定ハ總テノ利害關係人ニ破産手續ヲ進行セザルコトヲ又各債權者ニ各別的執行ヲ爲スコトヲ得ル旨ヲ認識セシムルカ爲メニ公告スルコトヲ要ス(第九八二條第一項下段)而シテ破産裁判所ハ裁判以前ニ於テ破産財

開カ破産手續費用ヲ償フニ足ルモ否ヤ鑑定セシムルコトヲ得ルヤ當然ナリ」
獨逸破産法ニ於テハ破産裁判所カ破産手續費用ヲ償フニ足ルモ破産財産カ
存セズルモノト認めタルトキハ必ず職權ヲ以テ破産手續停止ノ決定ヲ爲ス
ト要シ破産債權者管財人破産者即チ各利害關係人ハ破産裁判所ニ對シ破産
手續費用ヲ償フニ足ルモ破産財團ノ存セサル旨ヲ注意スルコトヲ得ルニ止
マリ之ニ基キテ破産手續ノ停止決定ヲ申立ツル權利ヲ認メラレナリ該決定
ハ破産手續ヲ終局スルノ效力ヲ有スルヲ以テ破産手續ノ終局決定ト同シ之
ヲ公告シ又各破産債權者破産者及ヒ管財人ハ破産債權者團體ノ機關トシテ該
決定ニ對シ其公告ノ日ヨリ二週間内ニ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ソキフヘルド氏
ハ破産債權者團體ハ其實格ニ於テ破産手續ノ進行ヲ申立ツル權利ナキヲ以テ
管財人カ即時抗告ヲ爲スコトヲ得スト主張シタレトモ通説ニアラス破産者ハ
破産宣告ヲ求ムル申立權ヲ有スルヲ以テ停止決定ニ對シ即時抗告ヲ爲スコト
ヲ得ルハ當然ナリ佛蘭西商法第五二七條ニ於テハ破産裁判所タル商事裁判所
カ主任官ノ意見ヲ聽キ判決ノ形式ヲ以テ利害關係人殊ニ債權者管財人ノ申立

ニ因リ又ハ職權ニテ破産手續ヲ停止スルモノナリ(形式的要件)

(B) 效力

獨逸破産法ニ於テハ實體上ノ效果ヲ生セサルニ手續ヲ實行スルハ訴訟法上ノ
許ササル所ナリトノ觀念ニ基キテ破産手續ノ停止決定ヲ以テ破産の差押權ノ
廢止トシ該決定公告ノ效力ヲ生シタル時ヨリシテ破産者ハ破産財團ニ對スル
自由處分權ヲ回復シ各破産債權者ハ各別ニ自己ノ權利ノ實行ヲ爲スコトヲ得
而シテ破産手續停止以前ニ調査期日ニ於テ債權表ニ確定セラレタルモノトシ
テ記入セラレタル破産債權ニ關シテハ之ヲ破産者カ同期日ニ於テ爭ハザリシ
場合ニ限リ該記入カ破産者ニ對シ執行名義トシテ效力ヲ有ス我商法ハ佛蘭西
商法第五二七條ト同シテ破産手續ノ停止ニ破産手續其モノヲ終局セシムル效
力ヲ認メスシテ單ニ破産手續ノ進行ヲ止ムルノ效力ヲ認メタリ故ニ破産者ニ
對スル破産宣告ノ效力ハ有效ニ存在シ破産者ニ爲シタル支拂其他ノ權利關係
ハ當然無効ニシテ管財人カ有效ニ支拂ヲ受ケ又破産債權者團體ノ損害ニ於テ
爲サレタル破産者ノ行為ニ對シ異議ヲ申立ツルコトヲ得(第九八五條第一〇〇

六條第九九〇條第九九一條等破産債權者ニ對スル破産宣告ノ效力亦然リ唯例
外トシテ各破産債權者カ破産手續ノ停止中各別ノ行為ヲ爲スコトヲ得第九八
二條第三項佛蘭西商法第五二七條第二項是レ蓋シ破産債權者ハ通常其數甚
多ク且ツ利害關係多キヲ以テ管財人ヨリ破産者ニ對スル注意ヨリ其程度一層
深キカ故ニ特ニ各別行動ヲ許セ成ルヘク其權利ヲ完ウスルコトヲ得セシムル
ノ目的ニ基ケテ而シテ破産債權者カ各別行動ノ結果トシテ訴訟行為ヲ爲スノ
必要ヲ生シタルトキハ(這ハ財産ノ假差押ヲ爲シ又ハ判決ヲ受ケ強制執行ヲ爲
サントスル場合ニ起ルヘシ但シ此場合ニ於テハ破産者ノ財産タルニ疑ナキト
キハ訴訟ニ至ラスシテ破産手續ノ再施ヲ爲スニ至ルヘシ商法第四十九條ニ
規定シタル效力トシテ破産者其者ヲ相手方ト爲スヘク(第一〇四九條)債務者
ニ對シテ管財人ヲ相手方ト爲スヘキモノニアラス何トナレハ若シ然ラスンハ
各破産債權者ニ各別ニ行動スルノ權利ヲ認メタル法意ニ反スルヲ以テナリ
各破産債權者ノ各別の行為ニ基キ取得シタル財産ハ其債權者ニ專屬スルヤ否
キニ付キ學者ノ見解二派ニ岐レタリ第一派ハ返還ノ義務アルハ元來辨濟ノ途

法ナルカ爲メナリ法律ノ許シタル行為ニ因リテ得タル財産ニ付キ尙ホ返還義
務ヲ負フト云フハ解スヘカラサルノ觀念ナリ故ニ此場合ニ於テハ債權者ニ返
還ノ義務ナシト云ヒ第二派ハ破産手續ノ停止中ト雖モ破産者ハ尙ホ財産の處
分無能力者タリ故ニ債權者一箇人ニ對シテ爲シタル支拂ハ財團ニ對シテ當然無効
タリ故ニ財團ニ返還スヘキヲ當然トス債權者ニ各別の行為ヲ許シタルハ債權
者ニ自己ノ利益ヲ得セシムルカ爲メニアラス破産手續開始以後破産者カ取得
シタル財産ヲ保存シ破産手續ヲ再施セシメンカ爲メナリ故ニ破産手續再施ノ
場合ニハ債權者ハ其取得ノ財産ヲ財團ニ返還セサルヲ得ス但シ之カ爲メニ要
シタル費用ハ破産債權ヨリ先ニ支拂ハルヘキヲ當然ナリ(第一〇三一條ト云ヘ
リ)予輩ハ理論上後説ヲ正當ト信ス(但シ此ハ破産手續ノ進行中ニ於テハ)
(〇) 終了 破産手續ノ終了ハ破産宣告ノ後ニ於テハ破産手續費用ヲ償フニ足ル財産ノ存スル旨ノ證明ニ因リ
獨逸破産法ニ於テハ破産手續費用ヲ償フニ足ル財産ノ存スル旨ノ證明ニ因リ
再ヒ破産手續ノ開始ヲ爲ス我商法ニ於テハ破産者カ破産宣告以後破産手續費
用ヲ償フニ足ルヘキ財産ヲ取得セサル以上ハ破産手續ノ停止ハ永久ニ繼續シ

破産者ノ死亡ニ因リ停止ニ終局ヲ來スコトナシ蓋シ破産者ノ死亡ニ因リ財產取得ノ時機ノ到來スルコトナケレハナリ之ニ反シテ破産者カ財產ヲ取得シタルトキハ手續停止ノ要件ヲ缺クニ至ルヲ以テ職權ニテ又ハ各利害關係人ノ申立ニ因リ決定ヲ以テ停止シタル破産手續ノ再施ヲ命スルト同時ニ破産手續停止ノ終局ヲ告タ破産手續費用ヲ償フニ足ルヘキ破産者ノ財產カ存在スルコト顯著ナル場合ヲ除ク外各利害關係人カ之ヲ證明セサルヘカラス是レ手續再施ノ經忽ニ失シ無益ノ費用ヲ生スルノ弊害ヲ防止スルノ法意ナリ破産手續ノ再施ハ停止シタル破産手續ノ續行ニシテ消滅シタル破産手續ヲ再ヒ開始スルモノニアラス故ニ破産手續其モノヲ終局セシムル協議契約ノ取消以後ニ於ケル破産手續ノ再施ト異ニシテ破産手續ノ停止中破産者ノ爲シタル行為ヲ有效視スルコトヲ得サルナリ手續ハ之ヲ成ルヘク迅速ニ終局セシムルカ爲メニ即時ニ再施スヘク又手續再施決定ハ法律上明文ナキモ各利害關係人ニ知ラシムルカ爲メニ公告ヲ爲スヘキモノト信ス第九八二條第二項佛蘭西商法第五二八條

第二欸 協議契約

協議契約ナル制度ハ其源ヲ羅馬法ニ發スユスチニヤヌ帝ノ法律ニ於テハ近世ノ協議契約ニ類似スル二ノ制度アリタリ其第一ハ模範の時代ニ於テ既ニ認めラルタル制度ニシテ債務カ資產ヲ超過スル相續ノ爲スヘキ相續人カ其相續承認以前ニ相續債權者ト約定シテ相續債務ノ一部分ノ免除ヲ得ルモノタリ裁判所ハ相續人ノ申立ニ因リ相續債權者ヲ招集シ相續人ト免除ニ付キ協議セシム招集ニ應シテ出頭シタル相續債權者カ免除額ニ付キ一致シタルトキハ相續人ハ特ニ何等ノ手續ヲ盡スコトヲ要セスシテ相續債務ノ一部分ヲ免除セラル之ニ反シテ出頭シタル相續債權者カ免除額ニ付キ一致セサルトキハ債權者ノ多數ノ意見ヲ標準トシテ裁判ヲ爲ス其多數ノ計算ハ債權額ニ又時トシテ頭數ニ依リテ之ヲ定ム而シテ債權者ノ可否ノ意見同數ナルトキハ免除ヲ成立セシムルノ裁判ヲ爲ス斯ル方法即チ出頭シタル債權者ノ一致若クハ裁判所ノ裁判ニ依リテ成立シタル免除ハ集會ニ出頭セサル相續債權者ヲ漏東シ又斯ル方法ニ

ヲ免除ヲ得タル後ニ於テ相續ヲ承認シタル相續人ハ債權金額ノ支拂ヲ請求シタル相續債權者ニ對シ契約抗辯又ハ詐害抗辯ヲ以テ對抗スルコトヲ得タリ其第二ハ前者ニ比シ其發達カ後レタル制度ニシテ債權者カ裁判所ノ其力ノ下ニ於テ行フ財産公賣ヲ避ケタルカ爲メニ債務者ニ許可シタル延期タリ裁判所ハ債權者ノ多數カ延期ヲ欲シタルトキハ債權者ニ五箇年ノ延期ヲ許可シ以テ即時ノ財産公賣ヲ避ケシム債權者ノ多數ハ債權額又ハ頭數ニ應ジテ計算シ可否同數ナルトキハ延期ヲ成立セシムル旨ノ裁判ヲ爲ス此延期ハ時效ヲ中斷ス此第一制度カ法律ノ發達上大ナル勢力ヲ有シ羅馬註釋派ノ時代ニ於テ失踪シタル債務超過ノ生存者ニ適用アルヤノ問題ヲ生シ羅馬註釋派及ヒ羅馬後註釋派ノ舊學者ハ消極的ニ論結シタリ然レトモ實際上便宜ナルヲ以テ失踪シタル債務超過ノ生存者ニ適用スルノ慣行ヲ生シ羅馬後註釋派ノ新學者ノ是認シ且ツ伊太利ノ市法律ニ於テ該慣行ヲ認メタリ此羅馬法及ヒ伊太利法ノ化合的制度カ歐洲諸國ノ認ムル所ナリ第十七世紀ニ至リテ獨逸ニ於テ普通法ノ學說トシテ貧窮ナル債務者ノ地位ヲ回復セシムルカ爲メニ相續債務カ超過シタル相續債

務ニ其適用ヲ限定シタル羅馬法ノ制度ノ適用ヲ他ノ債務超過ノ場合ニ擴張スルヲ正當トストノ思想ヲ生シ裁判所ノ慣行ト爲リ一般ノ承認ニ因リテ獨逸ノ普通慣行法ト爲リタリ是ヲ以テ普通西破産法千七百九十三年及ヒ現行獨逸破産法ハ裁判所ノ認可ノ下ニ於テ債權者ノ多數ヲ以テ締結スル延期又ハ免除ニ關スル契約ヲ認メ又佛蘭西ニ於テハ千六百七十三年ノ勅令ヲ以テ始メテ法律上債權者ノ三分ノ二以上ノ多數ヲ以テ締結スル延期若クハ免除ニ關スル契約ヲ是認シ現行法ニ於テ該制度ヲ維持シタリ沿革ニ見ルニ羅馬法ノ破産者ハ破産宣告ノ效力トシテ破産手續繼續中破産財團ニ屬スル財産ニ付キ處分能力ヲ有セスル能力ノ喪失ハ成ルヘク短期ニテ終了スルコトヲ社會政策ノ觀念上希望スル所トス協諾契約ハ配當ニ依ラスシテ破産手續ヲ終了セシムル契約ナルヲ以テ斯ル希望ニ伴フモノト謂フヘシ破産手續カ配當ニ依リ終了シタル場合ニ於テハ爾後債權者ハ其債權ノ未済部分ニ付キ何時ニテモ破産者ノ取得シタル財産ニ對シ執行ヲ爲スコトヲ得斯ル債權者ノ權利ハ破産者ヲシテ爾後其經濟上ノ地位ヲ回復スルニ困難ナラシム協諾契約ハ配當ニ依ラズシ

ヲ破産手續ヲ終了セシムル契約ナルヲ以テ債權者ハ斯ル執行權ヲ有セス隨テ破産者ヲシテ其經濟上ノ地位ノ回復ヲ容易ナラシム配當ハ時間ト費用トヲ要シ又破産財團カ適當ニ換價セラレサルノ事情アリ協譜契約ハ破産者ノ親族朋友等カ該契約ノ履行ヲ擔保スルノ事情アリ故ニ債權者ハ其債權ニ付キ配當ヨリモ協譜契約ニ於テ多額ノ満足ヲ享有スルコトヲ得ヘシ協譜契約ハ此ノ如ク社會政策ニ適シ破産者及ヒ破産債權者ニ利益アル制度タリ是レ文明諸國カ其破産法ニ於テ協譜契約ヲ是認シタル所以ナリ協譜契約ニ關スル立法上ノ利益一我破産法及ヒ獨逸破産法ニ於ケル協譜契約ハ破産手續以後ニ於テ配當ニ依ラヌシテ破産手續ヲ終了セシムルコトヲ目的トスル契約タリ破産手續開始以前ニ於テ破産手續ノ開始ヲ避クルコトヲ目的トスル契約ハ特ニ之ヲ支拂猶豫トシテ規定シタリ瑞西破産法(第二九三條以下)白耳義法(千八百八十七年六月二十九日法律)葡萄牙商法第七三〇以下等ノ立法ニ於テ通常ノ協譜契約ノ外ニ豫告的協譜契約ト稱シテ破産手續開始以前ニ於テ破産手續ノ開始ヲ避クルコトヲ目的トスル協譜契約ヲ認メタリ佛蘭西ニ於テハ其商法第五百四十一條ニ於テ

通常ノ協譜契約ノ外ニ權利拋棄ニ基ク協譜契約ナル制度ヲ設ケ其成立ニ因リ通常協譜契約ト異ニシテ破産者カ喪失シタル破産財團ニ於ケル管理處分權ヲ回復スルコトナク配當ニ於ケルト同シク總破産財團ヲ換價シ破産債權ノ辨濟ニ供シ其結果不足アルモ配當ト異ニシテ破産者カ該不足額ニ付キ各破産債權者ヨリ執行ヲ受クルコトナキモノト爲シタリ故ニ該制度ハ配當ト通常トノ中間ニ在ル性質ヲ有スト謂フヘシ又破産前ニ於ケル合意の協譜契約ナル破産當事者間ノ契約ヲ認メ破産宣告以前ニ於テ債權者ト支拂停止ノ債務者トノ契約ヲ以テ破産手續費用ト其緩慢トヲ避クルコトヲ得セシメタリ而シテ這ハ當事者間ニ於ケル單純ノ契約ナルヲ以テ通常ノ協譜契約ニ於ケルカ如ク裁判所ノ認可ヲ必要トセス又多數決ヲ以テ成立セス承諾ヲ爲シタル債權者ニ對スルニアラヌシハ效力ナシ其他ノ效力及ヒ消滅等ハ契約ノ法則及ヒ當事者ノ意思ニ依リ定マルモノタリ(協譜契約ノ種類)

(一) 意義

協譜契約ハ破産財團ノ配當ヲ爲スコトナクシテ開始シタル破産手續ヲ終局セ

シムルノ目的ヲ以テ破産債權者團體ト破産者並ニ破産者ノ爲メニ參加シタル者トノ間ニ締結シ且ツ裁判所ノ認可ヲ經タル訴訟的契約ナリ左ニ之ヲ分説スベシ

(A) 性質 協賛契約ハ契約ナルヤ裁判ナルヤ或ハ法規ナルヤハ學者間ニ爭アル問題ナリ協賛契約ハ契約ナリトノ學說ハ古來ヨリ學者ノ主張シタル所ニシテ又予輩ノ賛成スル所ナリ該學說ニ從ヘハ協賛契約ハ債務ノ免除又ハ履行ノ延期ノ爲メニ多數決ニ依レル破産債權者ト債務者トノ間ニ締結セラレ少數反對ノ債權者又ハ議事ニ參與セザリシ債權者ヲ羈束スルノ效力アリ其理由ハ(1)獨逸破産法理由書ニモ明言スルカ如ク破産ニ因リテ破産債權者ハ法律上團體關係ヲ組成ス而シテ斯ル團體關係ニ於テハ強制的多數決ノ支配ヲ拒ムコトヲ得サルナリ之ヲ換言スレハ法定要件ノ下ニ於テ多數ノ意思カ總員ノ意思ト同一價值アルコトハ獨リ協賛契約ニ於ケル特別ノ現象ノミナラス會社ノ定款ニ基ク多數決債權者集會ニ於ケル多數決ニ於テ之ヲ見ル(2)反對少數ノ債權者カ多數決ニ羈束セラレハ裁判所ノ認可カ少數反對ノ債權者ノ同意ニ代リ又出

頭セサル債權者カ多數決ニ羈束セラレハ多數決ニ同意ナリトノ擬制ニ因リテ成立スル懈怠ノ結果タリ

協賛契約ハ裁判ナリトノ學說ハ獨逸ノシユルツエ氏カ首唱シタル所ニシテ裁判所ノ認可即チ破産的請求ヲ裁判其モノニ於テ確定シタル方法ニ於テ終局スルコトヲ認メタル裁判カ即チ協賛契約タリ破産者ノ爲ス協賛契約ノ提供ハ裁判ヲ求ムルノ申立ニシテ法定要件ノ下ニ於テ成立シタル破産債權者ノ多數ノ意思表示ハ契約上ノ意思表示ニアラスシテ協賛契約ナル裁判ヲ下スノ理由標準タリトノ論旨ニ基ケリ此學說ハ協賛契約ヲ契約ト爲スニ於テハ少數反對ノ債權者ヲ羈束スル法理ヲ説明スルニ足ラストノ思想ニ基因シタルモノナルヘシト雖モ協賛契約ニ關スル沿革法理ニ反シ法律カ協賛契約ノ重要ノ要素ト認メタルモノヲ隱蔽シ至要ノ要素ト認メサル裁判所ノ認可ニ重キヲ置クヲ缺點アリ又裁判所ハ當事者間ニ效力ヲ有スルニ止マルヲ以テ協賛契約ヲ裁判ト爲スモ少數反對ノ債權者ヲ羈束スル法理ヲ説明セズ故ニ多數ノ學者ノ反對スル所ナリ又協賛契約ハ契約ニアラス裁判ニアラス事實トシテ破産者ヲ提償債權者集會

法及ヒ破産裁判所ノ認可ナル法定事實カ發生シタルトキハ該三法律の行爲ノ併合ニ因リテ協議契約ヲ爲シ少數反對ノ債權者カ認可セラレタル協議契約ニ屬東セラルルハ直接ニ法、規、其モノニ依從スルモノナリトノ學說ハ專ラ獨逸ノエツケル氏等ノ唱フル所ナリ此學說ハ協議契約ノ性質ヲ説明セシテ法定事實ニ對シ如何ナル行爲ナルヤノ論結ヲ爲スコトナクシテ滿足シタルモノナリ而シテ法律上總結ヲ爲スコト能ハサル場合ニ於テハ斯ル消極の觀念ヲ以テ滿足スルコトハ已ムヲ得サルヘシト雖モ協議契約ハ契約トシテ法律上正當ニ説明スルコトヲ得ルヲ以テ斯ル消極の觀念ヲ墨守スルコトハ失當ナリ故ニ此說ハ多數學者ノ採ララル所ナリ

協議契約ハ民事訴訟法ニ於ケル和解ト同シク一ノ訴訟の契約ナリ破産關係即チ訴訟關係ノ消滅ヲ目的トスル訴訟の契約ナリ訴訟ノ目的ヲ成ルヘク容易ニ且ツ適切ニ達スルカ爲メニスル訴訟の契約タリ故ニ契約ニ關スル民法ノ規定ハ破産法ニ於テ別段ノ規定ナキ場合ニアラスンハ協議契約ニ準用セラレス又協議契約ハ一方ニ於テハ破産者カ債權者ニ對シ或程度ニ於テ債務ヲ履行スヘ

キ旨ヲ約シ他ノ一方ニ於テハ破産債權者團體カ破産手続開始ニ因リテ破産者ノ財産ニ付キ取得シタル權利ヲ拋棄シ且ツ各破産債權者トシテ有スル破産手續終局以後ニ於ケル執行權ヲ拋棄スルノ内容ヲ有ス故ニ債權ノ一部免除又ハ履行ノ延期スルコトアリ或ハ同時ニ免除及ヒ延期スルコトアリ然レトモ之カ爲メニ協議契約ヲ債務免除ノ契約ナリト速斷スヘカラス蓋シ協議契約ハ民法上免除ノ效力ヲ破産手續終局ノ效力ト同時ニ並ヒ生セシムル訴訟の契約ナレハナリ其他協議契約ハ我民法ノ所謂和解ノ種類ニ屬セス蓋シ我民法ハ和解ノ範圍ヲ當事者カ互ニ讓歩ヲ爲シテ其間ニ存スル法律關係ニ付テノ爭ヲ止ムルコトヲ目的トスル契約ニ制限シ獨逸民法第七百七十九條ニ於ケルカ如ク法律關係ノ不明瞭又請求ノ實行ニ關スル不確實ノ除去ヲ目的トスル契約ヲ和解ト認メサレハナリ又協議契約ハ贈與ノ種類ニ屬セス故ニ債權ヲ處分スルノ權利ヲ有スル者ハ有效ニ協議契約ノ締結ニ參加スルコトヲ得免除和解及ヒ贈與ヲ爲スニ付テノ前提條件ノ存スルコトヲ要セス(ブルストライン)氏ハ協議契約ハ公法的要素トシテ共同利益ノ爲メニ多數決ニ服從スヘキ義務ヲ負ヒ私法的要

素トシテハ破産者ト債權者トノ間ニ自由ニ取結ヒタル和解契約ナリト曰ヘリ

(D) 當事者 協議契約ハ一ノ契約ナルヲ以テ其成立ニ付キ當事者ノ存スルコトヲ要スルヤ言フ塊タス而シテ當事者ノ一方ハ破産者タルコト疑ナシト雖モ他ノ一方カ何人ナルヤニ關シテハ學者間ニ爭アル所ナリ破産手続ノ開始ニ因リテ破産債權者團體ノ發生スルコトヲ否認スル學者ハ多數ノ各債權者カ結約者ナリト主張シ且ツ此派ニ屬スルフツナング「エンデマン」氏等ノ如キハ協議契約カ少數反對ノ債權者ヲ法律上代理スルカ故ナリト主張シ又「ペーテルゼン」クラインフヘルレル氏等ノ如キハ協議契約カ當事者ト爲ラサル少數反對ノ債權者ヲ稱東スル理由ヲ説明シテ立法者ノ命令ニ基クト主張シタリ又破産手続ノ開始ニ因リテ破産債權者團體ノ發生ヲ是認スル學者殊ニ「アキフヘルド」「ワグハ」氏等ハ破産債權者團體カ結約者ナリト主張シ協議契約カ總破産債權者ニ對シ又ハ其爲メニ效力ヲ有スル理由ハ破産債權者團體カ其機關タル債權者集會ニ依リテ破産者ノ申込ヲ承諾シタルニ在リト説明シタリ然レトモ獨リ「コーレ」氏ハ一方ニ於テハ破産債權者團體關係ノ存在ヲ認メ他ノ一方ニ於テハ破産

債權者カ團體トシテニアラスシテ却テ單獨ニテ協議契約ヲ締結ス而シテ該契約カ少數反對ノ債權者ノ利益及セ不利益ニ於テ效力ヲ有スル理由ハ該契約カ合一的ニ效力ヲ生スルコトヲ得ヘキ差押關係ノ消滅ヲ目的トスル訴訟的契約ナレハナリト云フニ在ルモノノ如シ余輩ハ「アキフヘルド」氏ノ見解ヲ以テ最も正當ト信ス蓋シ法定代理說ハ法定代理ノ觀念ニ反スルヲ以テ又法律ノ規定說ハ蓋モ説明ト爲ラサルヲ以テ破産債權者團體ノ存在ヲ否認スル學說ハ正當ニ以テ債權者集會ニ於テ各破産債權者カ破産者ノ協議契約ノ提供ニ付キ爲シタル賛否ニ關スル意思表示ハ申込ニ對スル承諾若クハ拒絕ニアラスシテ決議ニ關スル意思ノ表示タリ適法ノ多數決ニテ成立シタル債權者集會ノ決議カ申込ニ對スル承諾若クハ拒絕ナリト知ルヘシ

破産手続ノ進行 破産手続ノ終局

協議契約ノ民法的效果ヲ擔保スル保證人ハ訴訟的契約タル協議契約ノ結約者タリ蓋シ該契約ニ因リテ破産關係ヲ終了スルヲ以テナリ故ニ民法上ノ效力タル擔保責任ヲ負フと同時に訴訟上ノ效力トシテ總テ破産債權者殊ニ破産債權

ノ届出ヲ爲サザリシ債權者ニ對シ責任ヲ負フ
(G) 認可 協議契約ノ成立ニハ破産裁判所ノ認可ヲ要ス此認可ハ一ノ警察的行爲ニ屬シ訴訟的契約ヲ法律上完成セシムルカ爲メニ新事物ヲ設定スル決定ニシテ既存ノ事物ヲ確定スルノ意味ニ於ケル裁判即チ破産手續ノ終局ニ關スル破産者ノ權利ニ付キ爲シタル認可的裁判ニアラス蓋シ協議契約ハ破産債權者ヲ詐害スルノ目的ニテ濫用セラレ立法ノ精神ニ背馳スルコトアルヲ以テナリ是ヲ以テ破産裁判所ハ協議契約カ公益ニ觸ルル所ナキカ法定要件ヲ缺キタル所ナキヤヲ調査シ斯ル缺點ノ存セサル場合ニ於テ認可ヲ爲ス而シテ斯ル警察上ノ目的ヲ達セシムルカ爲メニハ決定ナル訴訟的形式ヲ以テスルヲ適當トス是ヲ以テ法律ハ訴訟的形式ニ於テ協議契約ノ認可ヲ扱ハシム
認可ハ訴訟的契約ヲ法律上完成セシムル目的ノ爲メニ存スル認可的裁判ナルヲ以テ協議契約ノ訴訟的及ヒ民法的效力ハ裁判所ノ認可ニ因リテ發生ス故ニ裁判所ノ認可アリタル以上ハ縱令前提要件ニ錯誤ノ存スル場合ト雖モ協議契約タルノ效力ヲ有ス然レトモ裁判官カ錯誤ニテ第三者ヲ協議契約上ノ保證人

ト前提シテ認可ヲ與ヘタルトキハ認可ハ無効ナリト謂ハサルヘカラス何トナレハ第三者ハ斯ル認可アリタルニ因リテ協議契約ニ羈束セラレハシ理ナク且テ協議契約ノ效果ハ關聯シテ分離スルコト能ハサルモノナレハナリ
(二) 成立 協議契約ハ裁判所ノ認可ニ因リテ破産者ト破産債權者團體トノ間ニ於テ締結セラレハシタル契約ナルヲ以テ其成立ニ關シ破産者ノ提供即チ申込破産債權者團體ノ可決即チ承諾及ヒ裁判所ノ認可ヲ要件トスルヤ言フ俟タス左ニ之ヲ分説ス
(A) 提供 協議契約ノ提供ハ法律上ノ義務ヲ履行シ且ツ有罪破産ノ判決ヲ受ケス又ハ其審問中ニ在ラサル破産者カ法定ハ方法ニ基キテ之ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ
(a) 協議契約ハ主トシテ破産者ノ利益ノ爲メニ存ス(第一〇三八條) 破産者ニシテ……獨逸破産法第一七三條)故ニ唯破産者ノミカ協議契約ノ申込ヲ爲スコトヲ得管財人各破産債權者及ヒ破産主任官等ハ之ヲ爲スコトヲ得但レ破

産者ニ對シ協議契約ノ申込ヲ爲スヘキ旨ヲ勸誘スルコトヲ得ルヤ旨ヲ決タス
是ヲ以テ破産者カ訴訟能力者ナルトキハ其本人又ハ其相續人カ協議契約ノ提
供ヲ爲スコトヲ得破産者カ法人其他訴訟無能力者ナルトキハ其法定代理人カ
破産者ニ代リテ其權利タル協議契約ノ提供ヲ爲スモノト知ルヘシ破産者ノ遺
産相續人カ數人アル場合ニ於テハ該相續人カ一致スルニアラスンハ協議契約
ノ申込ヲ爲スコトヲ得サルヘシ獨逸破産法第二百三十條第一項我民法第一千三
條參考

協議契約ハ破産者ノ財産關係ノ量定ニ付キ十分ナル權限ヲ缺クノ事情ノ存ス
ル場合ニ於テハ之ヲ許スコトヲ得ス破産者カ法律上ノ義務ヲ履行セス或ハ有
罪破産ノ判決ヲ受ケ其他審問中ニ在ル場合ハ前示ノ事情ノ存スル場合ニ外ナ
ラサルヲ以テ協議契約ノ締結ヲ許サス隨テ斯ル破産者ハ協議契約ノ提供ヲ爲
スコトヲ許サス協議契約ハ善良ナル破産者ノ不幸ヲ救済スルカ爲メナリ故ニ
法律上ノ義務ヲ履行セス或ハ有罪破産ノ判決ヲ受ケ其他審問中ニ在ル破産者
ニ對シテハ協議契約ヲ許スノ價值ナシトノ論旨ハ不當ナルニ似タリ何トナレ

ハ協議契約ハ獨リ破産者ノ利益ノ爲メニスルノミナラス又破産債權者ノ利益
ノ爲メニスルモノナレハナリ第一〇三八條獨逸破産法第一百七五條法律上ノ義
務ヲ履行セサル破産者トハ商法第九百七十九條第九百九十條第九百九十一條
第一千二百條第一千三百五條等ノ規定ニ反シタル破産者タリ獨逸破産法第一百七
五條第一項有罪破産ノ確定判決ヲ受ケタル破産者トハ詐欺破産者及ヒ過怠破
産者トシテ罰セラレタル者タリ(千八百七年ノ佛蘭西商法ハ我現行法ト同シク過
怠破産者モ亦詐欺破産者ト同シク破産契約ノ申込ヲ爲スコトヲ得サル旨ヲ規定
シタレトモ現行佛蘭西商法ハ酷ニ失ストシテ唯詐欺破産者ノミニ制限シタリ
(佛蘭西商法第五一一條獨逸破産法第一百七五條第三項亦然リ余輩ハ立法上失酷
ナルヲ以テ詐欺破産者ニ限定スヘキコトヲ正當ト認ム)有罪破産ノ審問中ニ在
ル破産者トハ有罪破産ニ關スル豫審若クハ公判ノ訴訟手續カ緊屬セラレタル
被告人タリ獨逸破産法第一百七五條第二項佛蘭西商法第五一〇條ニ於テハ有罪
破産ノ確定判決アル場合ニ限リテ協議契約ノ締結ヲ許サス故ニ協議契約
カ裁判所ノ認可ヲ經テ完成シタル後ニ於テ有罪破産ノ判決カ言渡サルコト

アリ又協賛契約決議ノ際ニ破産者カ詐欺破産ノ密問中ニ在ルコトアリ前者ノ場合ニ於テハ協賛契約カ無効ト爲リ第一〇四二條佛蘭西商法第五二〇條後者ノ場合ニ於テハ破産手續進行上ノ延期ヲ認容シタリ蓋シ協賛契約ヲ許スモ後日有罪判決ノ言渡ニ因リ無効ニ歸スルコトアルヘク隨テ協賛契約ノ遂ヲ捨テ配當ノ途ニ出ツルハ大ニ不利益ヲ來スコトアルヘキヲ以テ協賛契約ノ採否ヲ決スルコト能ハサルカ故ナリ但シ這ハ破産手續ノ進行ニ遲延ヲ來スヲ以テ法律ハ之ヲ採決ニ大ナル制限ヲ加ヘタリ斯ル立法例ハ破産手續ノ進行ニ遲滞ヲ來スノ虞アルヲ以テ採用スルコトヲ得サルモノタリ

(b) 協賛契約提供ノ法定方法トシテハ

第一ニ破産者ハ準備手續トシテ少クモ第一債權者集會期日ヨリ二十日前ニ協賛契約ノ申立者ヲ破産裁判所ニ提出シ該裁判所ハ之ヲ其書記課ニ備ヘ公衆ノ展閱ニ供シ且ツ其旨ヲ公告ス最レ相手方タル破産債權者團體ニ熟慮ノ期間ヲ與フルカ爲メナリ故ニ申立書ニハ協賛契約提供ノ内容ヲ明示セザルヘカラス而

シテ法律ハ協賛契約申立書ノ提出カ唯第一債權者集會期日ヨリ二十日前タルヲ以テ要件ト爲シタルニ止マルカ故ニ債務者ハ該申立書ヲ破産宣告ヲ求ムル申立ト同時ニ提出スルコトヲ妨ケラレス又該申立書ハ協賛契約ノ準備書面ニ止マリ其提供ニアラサルヲ以テ破産者カ債權者集會ニ於テ協賛契約ノ申込ヲ爲ササルトキハ協賛契約ノ成立ナシ(第一〇三八條第二項申立書トアルカ故ニ書面の申立ニ限定スルノ法意ト解スヘカラス破産者ハ口頭ニテ斯ル申立ヲ爲スコトヲ得ヘシ但シ斯ル場合ニ於テ裁判所書記カ調書ヲ作成シ之ヲ申立書ニ代用スルヤ當然ナリ)佛蘭西商法第五〇四條獨逸破産法第一七三條第一七四條第一七八條第一七九條

第二ニ破産者ハ通常第一債權者集會ニ於テ主任官ノ認可ヲ經テ協賛契約ノ提供ヲ爲ス(書面又ハ口頭ニテ主任官ノ認可ヲ經ルコトヲ要スルハ主任官ヲシテ要件ノ當否理由ノ有無ヲ豫斷シ徒ニ債權者集會ノ議事ヲ擾亂セシムルニ止マル破産者ノ行爲ヲ防止スルニ在リ故ニ主任官ハ協賛契約ノ提供ヲ形式上及ヒ實體上不當ト認ムル場合ニ於テハ命令ヲ以テ排斥スルコトヲ得第九八三條

第一〇三八條獨逸破産法第一七五條通常第一債權者集會ニ於テ提供スルコトヲ要スルハ債權調査完結後ニアラスンハ破産債權ノ數額及ヒ破産債權者ノ員數ヲ確認スルコト能ハサルヲ以テ破産債權者團體トシテ正確ニ協諾契約ノ當否ヲ判定スルコト能ハサルカ故ニ通常ノ債權調査會ヨリ四週日後ニ於テ開會スヘキ第一債權者集會ニ於テ協諾契約ノ提供ヲ爲サシムルヲ正當ト認メタルニ在リ故ニ第一債權者集會以後ニ於テ協諾契約ノ提供ハ之ヲ許サス是レ破産手續ノ進行ヲ延滞セシムルノ虞アレハナリ但シ十分ノ理由アルトキ即チ破産手続ノ進行ニ多少ノ延滞ヲ來スモ協諾契約ノ成立カ當事者ニ利益多キトキハ例外トシテ協諾契約ノ提供ヲ許ス(第一〇三八條第一項佛蘭西商法第五〇七條獨逸破産法第一七三條其他支拂停止ノ日時ノ確定ヲ要ス何トナレハ支拂停止ノ日時ノ確定ノ如何ニ因リ破産者ノ取引ニ影響ヲ及ホシ債權者ノ員數ニ減少ヲ來ス所アルヲ以テナリ)

第三ニ協諾契約ノ提供ハ一回ニ限リテ之ヲ許シ二回ノ提供ヲ許サス其理由ハ(1)破産手續ノ進行ニ付キ延滞ヲ來ス損害ヲ避ケ(2)破産者カ成ルヘク協諾契約

上ノ負擔ノ輕微ナルコトヲ欲スルカ爲メニ試驗的ニ數回ノ協諾契約ノ提供ヲ爲スノ弊害ヲ避ケルニ在リ(第一〇三八條獨逸破産法第一七六條)

破産者ノ協諾契約ノ提供ヲ破産債權者團體カ承認スルマテハ取消スコトヲ得何トナレハ協諾契約ノ提供ハ一ノ申込ニ外ナラザレハナリ又破産債權者團體カ協諾契約ノ提供ヲ承諾スル以前ニ於テ破産者カ死亡スルトキハ該提供ハ其效ヲ失フ但シ破産者ノ承繼人ハ新ニ内容ヲ同シ又ハ之ヲ異ニスル協諾契約ノ提供ヲ法定ノ方法ヲ經テ爲スコトヲ得ルヤ當然ナリ

(c) 協諾契約ノ提供ニハ其内容トシテ債權者ニ満足ヲ享有セシムル方法及ヒ其擔保方法ヲ明示セサルヘカラス(獨逸破産法第一七三條協諾契約ハ債務ノ一部免除及ヒ債務ノ履行延期ノ方法ヲ以テ債權者ニ満足ヲ享有セシムルニ外ナラサルカ故ニ協諾契約ノ提供ニハ債務ノ一部免除ノ割合又ハ債務ノ履行延期ノ時間若クハ此二者ヲ明示セサルヘカラス隨テ斯ル明示ヲ缺ク提供ハ其效ナシ)

協諾契約ノ提供ニハ債權者カ代物辨濟ニテ満足ヲ享クル旨ヲ明示スルコトヲ要ス

得其債權者ハ破産債權者ノ二三タルコトアリ又ハ全體タルコトアリ其代物辨濟ノ用ニ供スル破産財團ハ財團ノ二三タルコトアリ又ハ全體タルコトアリ蓋シ破産債權者ハ破産財團ニ屬スル特定ノ財産又ハ全部ノ財産ヲ自己ニ移轉セシメ之ヲ裁判外ニテ配當シ或ハ破産債權者中ノ一人カ破産財團全部ヲ取得シ之ト同時ニ他ノ破産債權者ニ對シ特定ノ割合ニ於ケル満足ヲ享有セシムル債務ヲ負フ旨ノ協賛契約ヲ締結スルコトヲ得レハナリ其他協賛契約ノ提供ニハ第三者カ破産者ノ連帶債務者トシテ又ハ保證人トシテ債權者ニ其満足ノ享有ヲ擔保スル旨ヲ明示スルコトヲ得ヘシ然レトモ停止條件若クハ解除條件ニテ爲ス協賛契約ノ提供ハ法律ノ許ササル所ナリ蓋シ條件附提供ハ協賛契約ノ締結ヲ條件ニ繫ラシム隨テ破産手続ノ終局ヲ條件ニ繫ラシメテ不確實ト爲ルヲ以テナリ獨逸ノコトレン民ハ反對説ヲ主張セリ又始期ヲ附シタル協賛契約ノ提供ハ該期日ノ到來マテハ其效力生スルコトナク終期ヲ附シタル協賛契約ノ提供ハ破産者カ何時ニテモ該提供ヲ取消ヲ爲スコトヲ得ルカ爲メニ終期ノ實効ナシ

(B) 承諾

協賛契約ノ承諾ハ破産債權者團體カ法定ノ方法ニ基キテ之ヲ爲ス
(a) 協賛契約ノ相手方ハ破産債權者團體タルコト前述ノ如シ故ニ其期間タル債權者集會ニ於テ承諾ニ關スル意思ヲ表示シ協賛契約ハ配當ニ依ラスシテ破産手続ノ終局ヲ目的トスルモノナルコト前述ノ如シ故ニ協賛契約ノ提供ニ關スル承諾ノ意思表示ニ付テノ議事ハ配當ニ依ル破産手続終局ノ決議認可以前ニ於テ爲スコトヲ要ス

(b) 協賛契約締結ノ法定方法トシテハ
第一ニ破産者若クハ其代理人カ集會期日ニ出頭シテ協賛契約ノ提供ヲ爲ササルヘカラス然ラスンハ協賛契約ノ提供ナキヲ以テ協賛契約ノ成立スルコトナクシテ集會期日カ終了スレ協賛契約ニ關スル手續カ口頭タルコトヲ要スルカ爲メナリ但シ破産者ノ期日ノ懈怠力己ムコトヲ得サルノ理由ニ基キテハ延期スルコトヲ得ヘシ破産者ノ爲メニ協賛契約ニ参加スル第三者又集會期日ニ於テ擔保ヲ爲ス旨ヲ中立テタルヘカラス而シテ此第三者ハ本人ニテ又ハ代

人ニテ集會期日ニ出頭スルコトヲ得ルハ言フ族タル第三條ノ本人ニテスルハ協
議契約ノ提供ヲ其申立書ニ記載シタルモノト内容ヲ異ニスルコトアリ斯ル
場合ニ於テハ該内容ノ變更ハ破産債權者團體ノ利益ニ歸スルヤ否ヤヲ區別シ
前者ノ場合ニ於テハ協議契約ノ提供トシテ之ヲ取扱フコトヲ得ヘシト雖モ後
者ノ場合ニ於テハ總令集會期日ニ出頭シタル總破産債權者カ可決シタルトキ
ト雖モ協議契約ヲ締結スルニ足ル提供トシテ取扱フコトヲ得ストナレハ期
日ニ出頭セサル者ニ不利ヲ被ラシムル法則ハ斯ル場合即チ開席判決ヲ爲ス
場合ニアラサル場合ニ適用ナクレハナリ

第二ニ債權者ノ集會ニ參加スルコトヲ得ル各債權者カ協議契約ノ締結ノ當否
ヲ決議ス蓋シ協議契約締結ノ當否ハ一ノ會議事項ナレハナリ故ニ(1)集會ニ參
加スルコトヲ得ル債權者ハ破産者ノ親族又ハ配偶者タルノ理由ヲ以テ協議契
約ノ決議ニ參加スルコトヲ妨ケラレス然レトモ此種ノ債權者ハ破産者トシテ情
實上之ニ利益ナル協議契約締結ニ容易ニ賛成スルノ虞アリ是ヲ以テ破産裁判
所ハ認可ノ際ニ嚴重ナル調査ヲ爲スヘキモノナリ(第一〇四一條第二項)(瑞西

破産法第二三九條第二項第三〇九條智利商法第一四六〇條末項匈牙利破産法
(第二一二條第二項等)如キハ破産者ト親族上ノ關係アル債權者ニ對シ協議契
約ノ締結ニ關スル決議ニ加ハルノ權利ヲ認メナリレ獨逸破産法佛蘭西商法等
ハ我商法ト同シク反對ノ立法ヲ爲シ破産裁判所ヲシテ認可ノ際ニ嚴重ナル調
査ヲ爲サシム(2)優先權ノ確定シタル債權者ハ其優先權ヲ拋棄スル限度又ハ其
不足ノ限度ニ於テ協議契約ノ締結ノ決議ニ加ハルコトヲ得而シテ優先權アル
債權者ハ協議契約締結ノ決議ニ加ハリタルカ爲メニ優先權ヲ喪失スルコトナ
キハ我破産法ノ解釋トシテ特ニ明文ナキヲ以テ疑ナキ所ナリ(佛蘭西商法第五
〇八條)白耳義商法第五一三條伊太利商法第八三四條等ハ優先權ヲ喪失セシメ
英吉利破産法第九條乃至第一七條埃太利破産法第二一三條第二一四條及ヒ獨
逸破産法第八八條ハ反對ニ立法シタリ優先權ヲ拋棄セスシテ破産債權全額ニ
付キ協議契約ノ締結ニ關スル決議ニ參加シタルハ一ノ錯誤ナリ錯誤ノ爲メニ
優先權ヲ喪失セシムルハ不當ナルヲ以テ佛蘭西ノ立法例ノ失當ナルコト明白
ナリ(3)管財人ニシテ債權者タルモノ亦協議契約ノ締結ニ關スル決議ニ參加ス

ルコトヲ得。智利商法第一四六〇條ハ反對ニ立法シタリ。第三ニ協賛契約ノ承諾ニハ特別ノ多數決即チ總債權額ノ四分ノ三以上ニ當ル出席員ノ過半数ノ可決ヲ要ス(第一〇三九條第一項)。各國破産法ハ協賛契約ノ承諾ニ付テ多數決ノ制度ヲ認メタレトモ多數決ノ程度ヲ同シクモ佛蘭西商法第五百七條、獨逸破産法第八十二條、白耳義商法第五百十二條第二項、伊太利商法第八百三十三條第一項等ハ佛蘭西商法ト立法例ヲ同シウス。斯ル特別ノ多數決ヲ要スルハ協賛契約ノ成立カ當事者ニ重大ナル利害關係アルヲ以テナリ。債權額ト債權者ノ員數トノ多數決ヲ要スルハ少數多數ノ債權者タハ多數少數ノ債權者ニ協賛契約ノ締結ニ關スル全權ヲ掌握セザラシムルノ法意ナリ。總債權額即チ出席シタル債權者ノ有スル債權額ニアラスシテ出席シタル債權額ノ四分ノ三ニ當ル多數決ヲ要スルハ期日ニ出頭セサル債權者ノ利益ヲ擔保スルノ法意ニシテ又議決權アル債權者ノ過半数ニアラスシテ集會期日ニ出席シタル議決權アル債權者ノ過半数ニ當ル多數決ヲ要スルハ商法第一千三十六條前段ニ同一法意ニ出テ且ツ協賛契約ノ成否ヲ債權者ノ多數ノ意思ニ係ラシメサル

ノ法意ニ出ツ而シテ債權者カ期日ニ出席シタルモ協賛契約ノ成立ニ付キ賛否ノ意思ヲ表示セス若クハ該意思ノ表示カ無効ナルトキハ該表示ヲ承諾ノ計算ニ入ルコトヲ得。何トナレハ法律ハ協賛契約ノ承諾トシテ議決權ヲ有シ且ツ有效ニ該權利ヲ行使シタル債權者ノ過半数數カ明示的ニ協賛契約ノ成立ニ賛成シタルコトヲ要シタレハナリ。隨テ協賛契約ノ利益ヲ害ストノ理由ヲ以テ賛否ノ意思ヲ表示セサル者ハ其表示以前ニ退席シタル者ト同シク出頭セサル者ト認ムヘシトノ論旨ハ正當ト謂フヘカラス。總債權額ノ四分ノ三以上ニ當ル出席債權者ノ過半数カ協賛契約ノ締結ヲ可決シタルトキハ協賛契約ノ提供ニ對スル破産債權者團體ノ承諾ヲ爲シ唯裁判所ノ認可手續カ終了セサルノミ故ニ破産當事者ニ於テハ完全ニ協賛契約カ成立シ各當事者ヲ羈束ス。隨テ破産者ハ爾後協賛契約ノ提供ヲ自由ニ取消スコトヲ得。又破産者カ死亡スルモ協賛契約ニ何等ノ影響アル所ナシ之ニ反シテ協賛契約ノ提供ニ對シ總債權額ノ四分ノ三ニ當ラサル出席債權者過半数ノ決議總債權額ノ四分ノ三ニ當ルモ出席債權者ノ過半数ニ充タサル決議者タハ總債權

額ノ四分ノ三ニ當ラス出席債權者ノ過半数ニ充タサル決議カ成立シタルトキハ協議契約ノ提供カ拒絕セラレタルモノト爲ル而シテ協議契約ノ提供ハ前述ノ如ク一回ニ限リ許サルヘキモノナルヲ以テ第一〇三八條第一項佛蘭西商法第五二九條第一項獨逸破産法第一七六條協議契約ノ提供カ一旦拒絕セラレタル以上ハ爾後如何ナル事情ノ變更ヲ來スモ協議契約ヲ以テ破産手續ヲ終局スルコトヲ得サルハ是レ立法上嚴格ニ失スト謂ハサルヲ得ス(獨逸破産法第一八二條ハ總債權額ノ四分ノ三以上ニ當ル多數決又ハ出席債權者ノ過半数ニ達シタル多數決カ成立シタル場合ニ於テハ破産者ノ利益ノ爲メニ之ニ期日ノ終局ニ至ルマテ一回限リ決議再施ヲ新期日ニ爲スヘキ旨ヲ申請スルコトヲ得セシメ又佛蘭西商法第五〇九條奧太利破産法第二一八條第二一九條伊太利商法(第八三五條)日耳曼商法第五一五條等ニ於テハ必ス新期日ニ於テ決議ヲ再施スルコトヲ要シタル決議再施ノ期日ニ於テハ以前ノ期日ニ出頭セサル債權者モ出頭シテ賛否ニ加ハリ又以前ノ期日ニ出頭シテ決議權ヲ行使シタル債權者ハ前ノ賛否ニ拘ラス自由ニ賛否ヲ爲スコトヲ得蓋シ以前ノ期日以後ノ期日ト

- ニ於テ必スシモ其事情ヲ同シラスルモノニアラザレハナリ而シテ決議再施ノ期日ニ於テ適法ノ多數決ニ達セサルトキハ協議契約提供ノ拒絕ト爲リ更ニ決議再施ヲ爲スコトナシ是レ破産手續ノ進行ニ延滞ヲ來スヲ以テナリ)
- (c) 協議契約ノ提供ニ關スル議決手續ノ進行ノ大要該提供ノ變更議決ノ結果及ヒ決議ニ加ハリタル債權者ノ氏名並ニ其賛成ハ之ヲ債權者集會ノ調書ニ記載セラルヘカラス(民事訴訟法第一二九條乃至第一三二條而シテ該調書ハ一ノ公正證書ナレハ其反對ヲ證スルニハ偽造ノ申立ニ依ラサルヘカラス)
- (C) 認可 協議契約ノ提供ニ對スル承諾ニ因リテ破産者參加第三者及ヒ破産債權者團體トノ間ニ契約カ成立シ各當事者ハ自由ニ之ヲ取消スコトヲ得ス而〇四〇條前シテ該契約カ協議契約トシテ有效ナルニハ尙ホ破産裁判所ノ認可ヲ要ス(第一段獨逸破産法第一八四條第一項其理由ハ前述シタル所ナリ依テ左ニ認可ニ關スル裁判手續ヲ略述スヘシ)
- (a) 認可ニ關スル裁判ノ前手續 破産裁判所ハ破産者各破産債權者及ヒ管財

人ノ申立ニ因リ契約ノ成立後十日ノ期間満了後ニ於テ主任官ノ意見ヲ聽キ決定ノ形式ヲ以テ協議契約ノ認可ニ關スル裁判ヲ爲ス故ニ認可ニ關スル裁判ノ前手續トシテ第一ニ破産者各破産債權者及ヒ管財人ノ申立ヲ以テ要ス破産者及ヒ各破産債權者ハ利害關係者トシテ又管財人ハ執行機關トシテ認可ヲ求ムルノ申立權ヲ有ス申立ノ方式及ヒ其期間ハ法定セサル所ナリ是レ右申立人ノ便宜ニ委ヌルノ任意ナリ故ニ申立ハ書面又ハ口頭ニテ爲スコトヲ得ヘシ我商法草案理由書ニ依レハ破産裁判所ハ申立ニ因ラスシテ職權ヲ以テ認可ニ關スル裁判ヲ爲スモノノ如シト雖モ法律上明文ナキヲ以テ不告不理ノ原則ニ基キ申立ニ因リテ認可ニ關スル裁判ヲ爲スモノト解スルヲ正當ト認ム(佛蘭西商法第五一三條ニ於テハ協議契約ノ認可ニ付キ利害關係人ノ申立ヲ要シ獨逸破産法(第一八四條第二項)ニ於テハ破産裁判所カ協議契約ノ期日若クハ其期日終結前ニ官設シタル同期日ノ執行期日ニ於テ債權者管財人等ヲ審議シタル後ニ職權ヲ以テ認可ニ關スル裁判ヲ爲ス)第二ニ破産裁判所ハ契約ノ成立ヨリ十日ノ期間満了シタル後ニアラスンハ認可ニ關スル裁判ヲ爲スコトヲ得ス第一〇四

〇條末段是レ協議契約ノ成立ニ對シ異議ヲ申立タルコトヲ得管財人亦然リ佛蘭西商法ハ管財人タル職務ノ性質上破産關係者多數ノ利益ニ反スル行為ヲ爲スコトヲ得サルモノニシテ異議申立權ヲ認メタレトモ我商法ハ起草者ノ說ニ基キ管財人ニ該權ヲ認メタリ蓋シ多數決ハ必スシモ破産關係者全體ノ利益ト斷フヘカラス又不法ノ協議契約ヲ完成セザラシムルヲ要スルヲ以テ管財人ニ新ル申立權ヲ認ムルハ甚タ正當ノ立法ナリト謂フヘシ破産者ハ異議ヲ申立タルコトヲ得ス何トナレハ若シ之ヲ許スニ於テハ破産者カ債權者團體ノ承諾シタル契約ヲ契約法ノ原則ニ反シ異議申立ノ形式ヲ以テ取得スルニ至ルヘキヲ以テナリ優先權者假確定ヲ認許セザレタル債權者及ヒ協議契約可決ニ於テ未タ債權ノ確定セザル債權者亦然リ此等ノ者ハ法律ノ保護ヲ要スルニ足ルヘキ利害關係ヲ有セザレハナリ異議ハ理由ヲ付シ協議契約ノ成立後十日内ニ管轄裁判所ニ申立テサルヘカラス而シテ法律上明文ナキモ異議申立書ノ原本ヲ破産者管財人等ニ送達シ防禦方法ヲ準備セシムルヲ適當トス(第一〇三九條第二項佛蘭西商法第五一二條第一項其他破産裁判所ハ主任官ノ演述ヲ聽キタル後

ニアラスンハ認可ニ關スル裁判ヲ爲スコトヲ得ス其理由ハ前述シタル所ナリ然レトモ裁判以前ニ債權者管財人等ヲ審訊シ之ニ意見ヲ表示スルノ機會ヲ與フト否トハ破産裁判所ノ自由ナリ(第一〇四〇條中段佛蘭西商法第五一三條第二項第四五二條)

(b) 認可ニ關スル裁判手續 破産裁判所ノ法定棄却ノ原因其他ハ棄却ノ原因カ存スルト否トニ從ヒテ協諾契約ノ認可又ハ棄却ニ付テハ決定ヲ爲シ(第一〇四〇條中段同時ニ異議ノ申立ニ付キ裁判ス)

(1) 破産裁判所カ法定棄却ノ原因ノ外他ノ棄却ノ原因ニ基キテ協諾契約ヲ棄却スルノ決定ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤハ何等ノ明文ナキヲ以テ疑ナキコトヲ得スト雖モ余輩ハ我破産法ノ解釋トシテ我商法第一〇四一條ハ佛蘭西商法第五一五條ト同シク例示のニ法定棄却ノ原因ヲ規定シタルニ止マリ他ノ原因ニ基キテ棄却ノ決定ヲ爲スコトヲ得ストノ法意ニアラス隨テ積極的ニ論結スルヲ正當ト信ス(獨逸破産法ハ第百八十七條ノ後段ニ於テ裁判所ノ自由判斷ニ據ル法定棄却ノ原因ヲ掲ケタルノ外法定棄却原因ノ存スル場合ニハ必ズ破産裁

判所ヲシテ協諾契約ノ棄却決定ヲ爲サシメ反對ノ場合ニハ該決定ヲ爲スコトヲ得テラシメタリ而シテ其棄却原因ニ職權ヲ以テスルモノト申立ニ因ルモノトノ二者アリ(獨逸破産法第一八六條第一八七條第一八八條) 協諾契約ニ關スル法定棄却ノ原因第一〇四一條ノ第一ハ協諾契約ノ成立ニ際シ商法第千三十八條及ヒ第千三十九條ノ規定ヲ踐行セザルトキ是ナリ獨逸破産法第一八六條第一項第一七三條乃至第一八三條第二一條第一項第二三〇條道ハ蓋シ法意ニ伴ハタル協諾契約ナルヲ以テ之ヲ認可セザルヲ當然トス其第二ハ協諾契約ニ依リ或債權者カ其承諾ナクシテ偏頗ノ處置ヲ受ケ損害ヲ被ルトキ是ナリ抑モ破産手續ハ各破産債權者ニ平等の満足ヲ得セシムルコトヲ目的トスルヲ以テ協諾契約ノ内容トシテ各破産債權者ノ權利カ同等ナルコトヲ要ス故ニ甲破産債權者カ協諾契約ニ依リ乙破産債權者ヨリモ多額ノ割合ニ於ケル金額ヲ受取リ優等ナル擔保ヲ供セラレ又ハ支拂期日カ近キニ在ルカ如キ優先ノ取扱ヲ受ケタルカ如キ場合ニ於テハ協諾契約ヲ認可スルヲ得ス但シ各破産債權者ヲ不平等視スルノ禁止法ハ劣等ノ取扱ヲ受ケタル債權者カ該取

扱ヲ受クルコトヲ承諾シタル場合ニ於テモ行ハルべき絶対的法規ニアラス斯ル債權者カ其承諾上劣等ノ取扱ヲ受クルハ敢テ妨ナキ所ニシテ法律ハ一私人ノ意思ニ反シテ其利益ヲ保護スルモノニアラス是レ法律カ其承諾ナクシテト云フ所以ナリ(獨逸破産法第一八一條其第三ハ協議契約カ詐欺其他不正ノ方法ヲ以テ成リタルトキ是ナリ詐欺トハ錯誤ノ故意ノ挑發又ハ其利用ニシテ破産者カ貸方ヲ隱蔽シ借方ヲ偽記スカ如キハ之ニ屬シ(第一〇五〇條又不正ノ方法トハ普通ノ觀念上排斥スヘキ各種ノ手段ニシテ破産者カ賄賂ヲ贈リ又ハ特定ノ債權者ニ特別ノ利益ヲ供スルノ密約ヲ爲シ協議契約ニ依リテ特種ノ債權者ヲ優待スルノ事項ハ商法第四十一條第二項ノ支配スル所ナリ)協議契約ヲ成立セシムルカ爲メニ破産債權者ノ債權ヲ買収シ又ハ之ヲ分類スルカ如キハ之ニ屬ス第三者殊ニ破産者ノ朋友親族等ノ詐欺其他ノ不正ノ方法ニ因リテ協議契約ヲ爲シタル場合亦然リ是レ商法第四十一條第三項ニ於テ破産者ノ行爲ヲ限定スヘキ旨ヲ規定セサル所以ナリ而シテ斯ル不正ノ方法ニ因リテ成リタル協議契約ハ議決ノ嚴正ヲ害シ法意ニ悖ハサルモノヲ以テ之ヲ認可スヘカラサル

ヤ勿論ナリ然レトモ詐欺其他ノ不正ノ方法ナクシテ法定ノ多數決カ成立スヘキモノナルトキハ此等ノ方法カ協議契約ノ認可ニ影響スル所ナカク何トナレハ斯ル場合ニ於テハ詐欺其他ノ不正ノ方法カ多數決ヲ成立セシメタル原因ト爲ラサルヲ以テナリ第三者カ自己ノ資金ヲ以テ破産債權者中ノ或者ニ譲渡ヲ爲シ以テ協議契約ノ成立ヲ容易ナラシメタルカ如キ事情亦然ラ何トナレハ他ノ債權者ノ利益ハ之カ爲メニ害セラレナリ以テナリ其第四ハ協議契約カ公益ニ觸ルルトキ是ナリ破産者カ詐欺取財其他背信罪ノ刑ニ處セラレ又ハ其業務ニ付キ怠慢ナリシコト明白ナル場合ニ於ケルカ如ク破産者カ協議ノ恩典ニ浴スルノ價值ナキ場合ニ於テ協議契約ヲ認可スルハ其濫用ニシテ公益ニ反ス故ニ斯ル場合ニ於テハ協議契約ヲ棄却スルハ當然ノ理ニ依リテ協議契約我商法草案理由書及ヒ獨逸破産法第一八一條第一項第二號ニ依リテ協議契約カ破産債權者ノ一般ノ利益ニ反スルトキ例ヘハ協議契約ニ關スル破産者又ハ第三者ノ履行力不確實ナルトキ破産債權者ニ對シ破産手續ノ實施カ協議契約ノ終了ヨリモ利益アルトキニ於テ協議契約ヲ棄却スヘキ旨ヲ規定シタリ我現

行破産法ハ「公益」トシ破産債權者ノ一般ノ利益ト規定セラルヲ以テ佛派ノ學說ニ依リタルモノト認メ以上ノ如ク説明シタリ。然レハ實ニ破産手続ノ進行ニ對シテ裁判上協賛契約ヲ棄却ノ原因ハ裁判所カ認所スル所ナルヲ以テ其種類ヲ明示スルコトハ爲シ能ハサル所ナレトモ協賛契約ノ成立ニ關シ錯誤及ヒ強迫カ存シタルトキ詐欺ニ關シテハ前述ノ説明ヲ參考スヘシ協賛契約ノ實行カ破産債權者團體ノ利益ニアラサルトキ協賛契約ノ實行カ豫期セラレサルトキハ裁判所カ協賛契約ヲ棄却スルコトヲ得ヘシ。然レハ實ニ破産手続ノ進行ニ對シテ(2) 破産裁判所ハ前述シタル原因ノ有無ニ從ヒ唯協賛契約ノ認可又ハ棄却ニ付テノ決定ノミヲ爲シ第一〇四〇條中段其認可又ハ棄却ニ付テノ決定協賛契約ノ内容ヲ變更スルノ折衷的裁判ヲ爲スコトヲ得ス蓋シ協賛契約ハ破産者及ヒ破産債權者團體トノ間ニ於ケル契約ニ外ナラザレハナリ(歐洲大陸殊ニ佛蘭西及ヒ獨逸ノ破産法ハ斯ル論旨ヲ是認シタレトモ英吉利破産法第二八條乃至第三一條ニ於テハ免責命令ト稱シ破産裁判所ヲシテ破産債權者ノ承諾ナクシテ債權ノ一部ヲ免除スルコトヲ得セシムルノ制度ヲ認メタリ)協賛契約ノ認可

又ハ棄却ニ付テノ決定ハ言渡又ハ送達ニ因リ外部ニ對シテ成立ス(商法施行條例第二四條民事訴訟法第二四五條獨逸破産法第一八五條商法施行法第一四七條又該決定ニハ理由ヲ付スルコトヲ適當トスルコト前述ノ如ク)然レハ實ニ破産裁判所ハ協賛契約ニ關スル裁判ト同時ニ異議ノ申立ニ付キ裁判ス是レ迅速ニ事件ヲ終局セシムルノ法意ニ出テ協賛契約ノ認可又ハ棄却ノ決定ニ對シテ即時抗告ヲ爲スコトヲ得(第一〇四〇條下段商法施行條例第二四條商法施行法第一四七條獨逸破産法第一八九條佛蘭西商法第五一九條第五二八條破産者ハ協賛契約ヲ棄却ノ決定ニ對シテハ勿論其認可ノ決定ニ對シテモ亦即時抗告ヲ爲スコトヲ得蓋シ認可セラレタル協賛契約ニ錯誤カ存スルカ如キコトアレハナリ但シ協賛契約カ破産債權者團體ノ利益ニ關スル規定ニ反シタルコトハ破産者カ協賛契約ノ認可決定ニ對スル即時抗告ノ理由ト爲ラス異議申立權者ハ協賛契約ノ認可決定ニ對シテ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ルハ勿論異議申立權者タル協賛契約ノ成立ニ賛成シタル債權者モ亦該決定ニ對シ即時

抗告ヲ爲スニ得何トナレハ斯ル債權者ニ對シ協議契約ノ認可以後即時抗告ヲ爲スノ理由成立スルニトアルヲ以テナリ(例ヘテ認可以後不正行爲ヲ發見シタルノ類)異議申立ノ權利アル者ハ異議申立ヲ爲シタル者同一意義ニテラス隨テ異議ノ申立ヲ爲サザラシ債權者ト雖モ苟モ異議申立ハ權利ヲ有スル以上ハ協議契約ノ認可決定ニ對シ即時抗告ヲ爲スニ得佛蘭西人、リネンカシ反ビ「ルノー」氏カ異議ノ申立ヲ爲サザラシ債權者ハ認可其モノハ不當ナル場合ニアラスシハ協議契約ノ認可決定ニ對シ不服ヲ申立アルコトヲ得蓋シ若シ反對ニ論セハ異議申立期間ヲ限定シタルノ法意ヲ間接ニ無視スルニ至ルベシトイ論說ハ我破産法ノ解釋トシテ採ルニ足ラス即時抗告ヲ申立タル債權者有スル者ハ其期間經過後ニ於テ参加人トシテ抗告ヲ提起シタル權利者ヲ補助スルコトヲ得ルハ言フ埃タス(民事訴訟法第五三條)獨逸破産法ハ管財人ヲ意見陳述ノ地位ニ立タシメタルカ故ニ管財人ニ抗告申立權ヲ認メス佛蘭西商法ハ管財人カ異議申立權ナキヲ以テ協議契約ノ認可ニ對シ不服ヲ申立ヲ爲スコトヲ得サレトモ協議契約案却ノ裁判ニ對シテハ總破産債權者ノ利益ヲ爲ス

ニスルノ法意ニ基キテ不服申立ヲ爲スコトヲ得(民事訴訟法第五三條)又之ヲ經スシテ裁判ス(民事訴訟法第四六二條)前者ノ場合ニ於テハ公告ヲ以テ辯論期日ヲ總利害關係人ニ知ラシメ且ツ破産者其相手方ヲ呼出ササルハカラス又裁判ヲ言渡ササルヘカラス後者ノ場合ニ於テハ職權ヲ以テ裁判ヲ抗告人ニ送達セサルヘカラス但シ抗告裁判所カ第一審ノ裁判ヲ變更シタル場合ニ於テハ尙ホ該裁判ヲ第一審ニ於テ協議契約ノ認可手續ニ關與シタル者ニ送達セサルヘカラス(民事訴訟法第五三條)協議契約ノ認可ニ關スル裁判ノ確定 協議契約ノ棄却決定カ確定シ即チ不服ヲ申立アルコト能ハサルニ至リ且ツ其棄却原因カ補正スルコト能ハサルモノナルトキハ(第一〇四一條)破産者各破産債權者及ヒ管財人ハ更ニ認可ヲ求ムル申立ヲ爲スコトヲ得蓋シ斯ル場合ニ於テハ申立ヲ重スルモ到底其目的ヲ達スルコトナケレハナリ然レトモ協議契約ノ棄却原因カ補正スルコトヲ得ヘキモノナルトキハ形式上ノ缺點更ニ認可ヲ求ムル申立ヲ爲スコトヲ得蓋シ斯ル場合ニ於テ形式上ノ缺點カ補正セラレタルニモ拘ラス認可ヲ拒絶スル

ハ何等ノ理由ナク且ツ附ニ失スレハナリ
協賛契約ノ認可決定カ確定シタルトキハ破産手続カ實體上終局シ形式上終局
セズ破産裁判所カ協賛契約ノ認可決定ノ確定以後第四十八條ノ規定ニ準シ
破産手続ノ終局決定ヲ爲スニ因リテ破産手続ノ形式的終局ヲ來ス(獨逸破産法
第一九一條第一項)是レ配當ニ依レル破産手続ノ終局ニ付キ決定ヲ爲スト同シ
タ效力ノ確實ナル基礎ヲ定ムルノ法意ニ外ナラス而シテ協賛契約ニ依レル破
産手続ノ終局決定以前ニ於テ(1)管財人ハ商法第四十八條ノ規定ニ準シ債權
者集會ニ於テ職業上ノ計算ヲ爲スヘク(第一〇四三條第一項)第一〇四八條獨逸
破産法第八七條佛蘭西商法第五百十九條ニ依レハ管財人カ破産主任官ノ面前
ニ於テ破産者ニ職業上ノ計算ヲ爲スモノノ如シ又爭ナキ破産財團上ノ請求權
(第一〇三一條)及ヒ爭ナキ優先權ヲ以テ擔保セラレタル破産債權ヲ破産財團ヲ
以テ辨濟シ又爭アル此二者ノ權利ニ付キ若クハ期限附條件附ナル此二者ノ權
利ニ付キ破産財團ヲ以テ辨濟ノ擔保ヲ供スルヲ當然トス獨逸破産法第一九一
條(2)協賛契約ニ於テ破産債權者ノ爲メニ認可ノ確定以後終局決定以前ニ於テ

供スヘキ擔保カ約定セラレタルトキハ該擔保ノ給付ヲ實施セサルヘカラス蓋
シ斯ル事項ハ破産手続ノ終局ニ關聯スルモノナレハナリ然レトモ斯ル事項ノ
終局以前ニ爲シタル破産手続ノ終局決定ヲ無効ナリト論結スヘカラス辨濟若
クハ擔保ノ不爲ヨリ損害ヲ受ケタル各人ニ對シ管財人協賛契約ニ於テ約定セ
ラレタル擔保ノ給付ヲ爲サシムルニ付キ責任ヲ負フ者ハ協賛契約ニ於テ特定
スレトモ通常管財人カ斯ル責任ヲ負フニ似タリカ損害賠償ノ責ニ任ス
協賛契約ニ依レル破産手続ノ終局決定ハ協賛契約ノ認可決定ノ確定ヲ前提要
件トス故ニ後者ノ確定以前ニ前者ヲ爲シタルトキハ其效力ノ有無カ條件ニ繫
ルコトト爲ル又確定セタル協賛契約認可決定カ再審ノ訴ニ付テノ要件ニ基テ
抗告ニ依リテ(民事訴訟法第四六六條廢棄セラレタルトキハ協賛契約ニ依レル破
産手続ノ終局決定モ亦失効ス協賛契約ニ依レル破産手続ノ終局決定ハ配當ニ依
レル破産手続ノ終局決定ト同シテ破産手続ノ終局方法ナルヲ以テ商法第四十
八條ニ準シ之ヲ公告シ以テ總利害關係人ニ知ラシメサルヘカラス又ハ其決
定ハ有效ニ公告セラレタルニ因リテ效力ヲ發生ス(破産法)宣告ヲ通知シタル

官廳ニハ又協議契約ニ依リテ破産手續ノ終局シタル旨ヲ通知スルヲ可トス

(三) 效力

協議契約及ヒ之ニ基テ破産手續ノ終局ハ總破産債權者ノ利益及ヒ不利益ニ於テ羈束ノ效力ヲ生シ破産財團ニ對スル破産的差押權ノ消滅ヲ來シ其他次ノ效力ヲ生ス左ニ之ヲ分説スヘシ

(A) 羈束ノ效力 協議契約ハ其當事者タル破産者ニ對シテハ勿論總破産債權者ノ利益及ヒ不利益ニ於テ羈束ノ效力ヲ生シ其破産債權者カ破産手續ニ參加シタルト否ト協議契約ノ決議ニ際シ賛成シタルト否ト集會ニ出席シタルト否ト適當ニ代表セラレタルト否ト問ハス是レ協議契約ノ性質タル一般及ヒ同等ナル觀念ノ然ラシムル所ナリ協議契約ノ鞏固ハ債務辨濟ノ要件ナルカ故ニ總破産債權者ニ對シテ必要ナルノミナラス破産者モ亦協議契約ノ鞏固ナルカ爲メニ更ニ負擔ノ重キ約定ヲ爲シタルモノナルヲ以テ協議契約カ總破産債權者ニ對シ羈束力ヲ有セサルヘカラス然ラスシハ協議契約ノ鞏固ヲ害スルニ至ラン又法律ハ協議契約ノ鞏固ヲ欲スルカ爲メニ届出債權カ爭ニ係リ爲メニ所

屬中ニ在リテ破産裁判所ヨリ集會ニ參加スルコトヲ許サレタル債權者カ參加シテ協議契約カ成立シタル後判決ヲ以テ該債權カ否認セラレタル場合ニ於テ協議契約ノ當否ヲ不同ニ付シタリ是ニ由リテ之ヲ觀レハ協議契約ハ其鞏固ノ爲メニ總破産債權者ニ對シ效力ヲ有セサルヘカラスナルヲ明瞭ナリ獨逸破産法第一九三條第一項佛蘭西商法第五一六條瑞西破産法第三一一條等而シテ協議契約ハ債權ノ組織及ヒ其確定ニ影響ヲ及ボスコト爲シ隨テ債權ノ原因ハ協議契約ノ爲メニ變更セララルコトナシ又協議契約ハ認諾更改佛國人「ローレン」氏ハ更改ナリト主張スレトモ通説モアラス及ヒ各債權ノ原因及ヒ確定ニ關スル和解ヲ包含スルモノニアラスシテ唯破産債權ノ正當ナル成立ヲ前提要件トシ配當ニ依ラスシテ破産關係ヲ消滅セシムル目的ヲ達スルカ爲メニ其主張ニ關スル權利ノミヲ變更スルノミ隨テ破産債權ノ基礎ハ従前ニ於ケルモノト異ナルコトナシ是ヲ以テ破産債權カ其届出ニ因リテ受ケタル變更第九八九條參考其他破産債權ノ評價ハ協議契約ニ於テ準據スヘキモノナレトモ届出ヲ爲サザリシ破産債權ハ協議契約成立以後ニ於テ從來ノ體様ヲ以テ該契約ヨリ生シ

タル制限ノ下ニ於テ主張スルコトヲ得ヘシ但届出ヲ爲サザリシ破産債權ノ給付カ不可分ニシテ直接ニ協議契約ヨリ生シタル制限即チ割合排濟ヲ爲スコトヲ得ナル場合ニハ給付ヲ金錢ニ評價シ其額ニ從ヒテ協議契約ノ條項ヲ適用スルハ當然ナリ

別除權ハ協議契約ノ爲メニ影響ヲ受クルコトナシ然レトモ別除權ヲ有スル破産債權者ハ其別除權ヲ拋棄シタル限度又ハ別除權ヲ行フニ當リ不足アルヘシト推定セラルル限度ニ於テ協議契約ノ效力ヲ對抗セラル(獨逸破産法第一九八條下段)破産手續繼續中破産債權者カ其破産債權ヲ破産者ニ對スル債務ト相殺シタルトキハ其相殺ハ亦協議契約ノ爲メニ影響ヲ受クルコトナシ破産手續繼續中ニ於テ自己ノ破産債權ト破産財團ニ屬スル破産者ノ債權ト相殺スルノ權利ヲ有スル破産債權者ハ協議契約ニ依レル破産手續ノ終局以後仍ホ有效ニ相殺權ヲ行使スルコトヲ得蓋シ協議契約ハ斯ル相殺權ヲ喪失セシムルモノニ非サルコト別除權ト同一ナレハナリ其他破産ノ性質ヲ有セサル債權者ニ對シテハ協議契約ノ效力ナキヤ言ヲ埃ニス破産手續終局ト破産財團ヲ破産者ニ引渡

スコトヲ目的トスル協議契約カ破産債權者ニアラザル者ニ效力ヲ有スト云フハ解スヘカラサレハナリ

獨逸破産法第一九三條蓋シ反對ニ論決セハ對人擔保若クハ物上擔保ヲ有スル者カ其擔保權ヲ喪失ヲ恐レ協議契約ノ成立ヲ妨タルヲ以テナリ

(B) 破産的差押權ノ消滅 協議契約ハ配當ニ依ラスシテ破産手續ヲ終局スル方法ナルヲ以テ協議契約ノ完成ニ因リテ破産財團ニ對スル破産的差押權ノ消滅ヲ來シ協議契約ニ於テ別段ノ規定ナキ限ハ破産者カ破産財團ニ屬スル總財産ニ付キ破産ノ宣告ニ因リテ喪失シタル占有管理及ヒ處分權ヲ回復ス故ニ管財人ハ其職務ヲ罷メ(第一〇四三條第一項)佛蘭西商法第五一九條破産者ハ任意ノ管理及ヒ處分ノ爲メニ該財産ヲ取戻スコトヲ得第一〇四三條第一項)獨逸破産法第一九二條協議契約ニ於テ破産財團ニ對スル破産的差押權カ存續スル旨ヲ約定スルコトヲ得ス何トナレハ破産者カ破産財團ニ付キ任意ノ管理及ヒ處分ヲ爲スコトハ協議契約ノ要素の效力タルノミナラス破産手續ノ終了以後

破産財團ヲ存スルコトナケレハナリ然レトモ協賛契約履行ノ擔保ノ手段トシテ破産財團ニ屬スル特定ノ財産ニ付キ債權の制限特定人ノ承認ヲ經シテ特定ノ財産ノ處分ヲ禁止スルノ類或ハ物權の制限質權抵當權等ノ設定ヲ約定スルコトヲ妨クス是レ協賛契約ハ偶素的效力ナレハナリ第一〇四三條第二項別段ノ定ナキトキニ限リ獨逸破産法第一九二條斯ル場合ニ於テハ破産者ノ任意ノ管理及ヒ處分ヲ爲スコトヲ得サルヘク又取戻質權設定ノ場合ヲ爲スコトヲ得サルヘシ其他協賛契約ニ於テ破産財團ニ屬スル財産ノ全部又ハ其特定財産ヲ總破産債權者若クハ特定ノ破産債權者ニ對シテ物辨濟トシテ交付スル旨ヲ約定スルコトヲ得ヘシ

破産者ノ協賛契約ニ依レル占有管理及ヒ處分權ノ回復ハ協賛契約ノ確定ヨリ發生シ(第一〇四三條……確定シタルトキ……)既往ニ遡リテ效力ヲ生セス故ニ協賛契約ノ確定マテニ於テ管財人ノ爲シタル管財人ノ行爲ハ破産者ニ對シテ效力ヲ存ス破産者ノ身上的效果ハ協賛契約ノ完成ニ因リテ消滅セス蓋シ該效果ハ回復權ヲ以テ消滅スルコトヲ得ルノミナレハナリ第一〇五五條佛蘭西商法第

六〇四條新ル制度ハ立法上嚴酷ニ失ス(英吉利破産法第二三條第二項ハ協賛契約ノ完成ニ因リテ身上的效果ヲ消滅セシメ又伊太利商法第八三九條西班牙商法第九二一條第九二條ハ破産裁判所ヲシテ復權ヲ協賛契約實行ノ完結ニ結合スルコトヲ得セシメタリ)

(C) 強制執行禁止ノ除去 破産手續ノ開始ニ因リテ發生シタル各破産債權者ニ對スル各別的執行ノ禁止ナル制限ノ消滅ヲ來シ協賛契約ノ内容ニ觸レサル以上ハ各破産債權者其有スル權利ヲ破産手續以外ノ手續ニ從ヒテ主張スルコトヲ得蓋シ協賛契約ニ因リテ破産手續ヲ終局スルヲ以テナリ協賛契約ノ内容ハ偶素的效力トシテ當事者ノ約定スル所ナレトモ(a)破産者ハ利益ニシテ破産債權者ニ不利益ナルモノハ支拂ノ延期及ヒ債務ノ一部免除ノ外ニ出テサルヲ通常トス支拂ノ延期トハ一時債權ノ主張ヲ爲ササルヲ行爲ニシテ債務ノ一部免除トハ債權者カ破産の差押權ヲ消滅セシメテ其有スル破産債權ノ一部ニ付キ支拂ヲ受ケ他ノ部分ヲ拋棄スルヲ行爲タリ而シテ協賛契約ニ於ケル債務ノ一部免除ハ民法上ノ免除ト其性質ヲ同シラセス後者ハ債權者カ其債權ノ全部若ク

ハ一部ヲ拋棄スルノ意思ヲ表示シ債務者之ヲ承諾スルニ因リテ成立ス故ニ贈與ノ性質ヲ有ス後者ハ免除ノ部分ニ付キ民法的債務ヲ自然債務ニ變性セシムル外ナラサルヲ以テ贈與ノ性質ヲ有セス蓋シ協諾契約上ノ免除ハ協諾契約ノ成立ニ付キ不賛成ナル債權者ノ意思ニ反シテ其效力ヲ發生スルノミナラス賛成ヲ表シタル債權者ト雖モ破産手続ノ進行上ヨリ生スルコトアルヘキ損害額ヘハ費用、時間及ヒ破産財團ノ換價等ニ因リテ生スル損害ヲ避クルカ爲メニ自己ノ利益ノ一部ヲ犠牲ニ供シタルニ外ナラサルヲ以テ贈與ノ成立ニ必要ナル恩惠意思ヲ缺ケハナリ故ニ其結果トシテ(1)民法的免除ハ債務ヲ消滅スルヲ以テ民法第五一九條其之ニ關スル債權ハ攻撃方法(訴訟)ナキ權利即チ自然債務ニ對スル權利トシテモ存在セス協諾契約上ノ免除ハ破産者ニ免除額ヲ支拂フノ自然債務ヲ留存セシムルヲ以テ破産者ハ債務ノ元利合額ヲ支拂フニアラスハ復權ヲ得ス(第一〇五五條佛蘭西商法第六〇四條又破産者カ免除額ヲ債權者ニ交付セタルハ債務ノ排濟ヲ爲シタルモノニシテ贈與ヲ爲シタルモノニアラス但シ協諾契約ニ於テ破産者カ其負ヒタル債務ヲ完済スルニ足ル資産ヲ有スル

ニ至レハ免除ノ效力ナキ旨ノ特約カ存セタルトキハ斯ル條件ノ到來ニ因リテ自然債務カ通常債務ニ變更スルヤ當然タリ(2)民法的免除ハ之ヲ得タル債務者ノ負擔部分ノ全部又ハ一部ニ付キ他ノ共同債務者連帶保證ヲ免責ス民法第四三七條第四五八條佛蘭西民法第一二八七條保證債務ノ消滅ハ主タル債務ノ消滅ニ因リテ明瞭ナリ何トナレハ若シ然ラスンハ共同債務者ハ免除ヲ得タル債務者ニ對シ求償權ヲ行使シ該債務者ヲシテ免除ノ實益ヲ享有セシメタルヲ以テナリ之ニ反シテ協諾契約上ノ免除ハ其部分ニ付キ他ノ共同債務者ヲ免責セス其理由ノ第一ハ保證及ヒ連帶等ノ債務關係ヲ成立シタルハ是レ債權者カ債務者ノ破産シタル場合ニ於テ債權ノ履行ヲ擔保セシムルニ外ナラス然ルニ斯ル場合ニ於テ保證、連帶等ニ基ケル共同債務者カ破産者ノ得タル免除額ニ付キ免責スト云フハ債權者ノ意思ニ反シ且ツ保證及ヒ連帶等ノ法意ニ反スレハナリ第二ニ協諾契約上ノ免除ハ必要の免除タリ故ニ斯ル必要ノ理由ノ存スル破産者ニ專屬シスル必要ノ理由ノ存セサル他ノ共同債務者ノ利益ト爲ルモノニアラス第三ニ協諾契約上ノ免除ニ於テハ前述ノ如ク自然債務カ成立スルヲ以

ヲ主タル債務ノ存在ヲ前提トスル保證債務存在ノ妨ト爲ラズ佛蘭西商法第五四三條同民法第二〇一二條獨逸破産法第一九三條埃太利破産法第二四條伊太利商法第七九二條自耳義商法第五四一條等(羅馬法實ボウル氏ハ債權者カ強制免除ニ賛成シタルト否トニ從ヒ他ノ共同債務者ニ對スル權利ノ消長ニ關スル意見ヲ有シ又智利商法第四百八十一條及ヒ瑞西破産法第三百三條ハ債權者カ協議契約ノ成立ニ付キ賛成セラル場合ニ於テノミ他ノ共同債務者ニ對スル權利ヲ全ウスト規定シタリ)其他協議契約ノ内容トシテ破産者カ破産財團ヲ破産債權者ニ移轉シ以テ債務ヲ免ルル旨ノ約定ハ一ノ代物辨濟ニシテ法律ノ禁スル所ニアラス(b)破産債權者ニ利益ナル協議契約ノ偶素の效力ハ保證ノ如キ對人擔保及ヒ質權抵當權ノ如キ物上擔保ノ設定是ナリ第三者ハ破産者ノ爲メニ協議契約ヲ成立セシムル目的ヲ以テ破産者ノ協議契約上ノ債務履行ヲ擔保スルノ保證人ト爲ルコトヲ得斯ル場合ニ於テ保證人ハ破産者カ協議契約ニ於テ負擔シタル程度ニ於テ債務ヲ辨償スヘキ義務ヲ負フ而シテ協議契約成立ノ當時未知ノ債權者カ協議契約ノ成立以後多ク顯ハルルコトナキニモテ

ヲナルヲ以テ過度ノ增加ヲ豫防スルカ爲メニ確保スヘキ債務額ヲ豫定スルヲ利益トス(第一〇四四條第二項佛蘭西商法第六三五條協議契約上ノ債務ノ履行ヲ擔保スルカ爲メニ破産者ノ財産上ニ設定シタル質權抵當權等ハ破産者カ協議契約ニ於テ負擔シタル債務支拂ノ範圍内ニ於テ各債權者ニ協議契約以後於テ破産者ニ對シ債權ヲ取得シタル者ニ優先スルノ利益ヲ享有セシム

(D) 主任官ノ監督 破産主任官ハ協議契約ノ履行ヲ監督ス是レ破産主任官ヲシテ協議契約ノ正當ニ履行セラルルヤ否ヤヲ注意セシメ當事者ノ利益ヲ保護スルノ法意ニ外ナラス(第一〇四三條第三項)

(四) 消滅 協議契約ニ關スル廣義ノ消滅又ハ狹義ノ消滅取消及ヒ解除ノ三アリ左ニ之ヲ分説スヘシ

(A) 狹義ノ消滅 協議契約ノ成立以後破産者カ有罪破産ノ確定判決ヲ受ケタルトキハ協議契約カ當然消滅ス是レ協議契約ノ要件ヲ缺クニ至ルヲ以テナリ(第一〇四二條第一項第一〇三八條第一項)此場合ニ於テハ協議契約ノ爲メニ設

定セラレタル物上擔保及ヒ對人擔保モ亦消滅スルコト商法第千四十四條第二項ノ反對推理及ヒ主ハ從ニ隨フノ原則ノ適用ニ依リ明瞭ナリ(佛蘭西商法第五〇三條埃太利破産法第二四一條普魯西破産法第三〇二條等ハ協讚契約ノ認可後破産者カ詐欺破産我商法ノ如ク過意破産ヲ包含セス)ノ確定判決ヲ受ケタルトキハ協讚契約ヲ取消スコトヲ得ヘキモノト爲レタリ是レ協讚契約ヲ成立セシムル法意ニ反スルカ故ナリ獨逸破産法第一九七條第一項ハ之ニ反シテ協讚契約ノ成立以後破産者ノ受ケタル詐欺破産ノ確定判決カ顯ハレタルトキハ(有罪ノ確定判決カ協讚契約ノ成立以後ニ存シタルト其以前即チ協讚契約ノ成立ニ際シ看過セラレタルト同ハス)各破産債權者ニ協讚契約ニ因リテ取得シタル權利保證ノ如キヲ喪失スルコトナクシテ協讚契約ニ因リテ不利益ニ歸シタル免除ヲ無効トシテ取扱フコトヲ得セシム是レ一旦有效ニ成立シタル協讚契約ニ因リテ取得シタル破産債權者ノ利益ヲ破産者ノ受ケタル有罪破産ノ確定判決ノ爲メニ喪失セシムルハ甚タ不當ナリトノ法意ニ基ケリ立法上ノ見解トシテハ獨逸破産法ヲ正當ト認ム

協讚契約ノ成立以後破産者ニ對シ有罪破産事件カ繫屬シ其審問中(最審又ハ公判)ニ在ルトキハ一方ニ於テハ免訴又ハ無罪ノ言渡アルマテ協讚契約ノ效力ヲ停止シ第一〇四二條下段他ノ一方ニ於テハ破産裁判所カ各破産債權者ノ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ有罪判決ノ言渡ノ結果トシテ破産手續ノ再施ヲ爲スニ必要ナル保全處分殊ニ財産帳簿書類ノ保管ヲ命スルコトヲ得ヘシ(獨逸破産法第一九七條第二項佛蘭西商法第五二一條是レ有罪破産事件ノ繫屬ニ因リテ協讚契約ノ生死ニ疑惑ヲ惹起シタルヲ以テ總テノ債權者ノ利益ヲ保護スルノ法意ニ出ツ)

(D) 取消 協讚契約ハ其認可後ト雖モ破産者又ハ第三者ノ詐欺其他ノ不正方法ヲ以テ成リタルトキニ限リ取消スコトヲ得第一〇四二條第二項是レ此等ノ不正方法徵セハ協讚契約カ或ハ締結セラレサルカ又ハ他ノ體様ニ於テ締結セラレヘキヲ以テ詐欺其他ノ不正方法ニ干與セサル破産債權者ノ利益ヲ保護スルノ法意ニ外ナラス隨テ破産裁判所ハ職權ヲ以テ協讚契約ノ取消ヲ爲スコトヲ得又協讚契約ノ履行ヲ擔保スル保證人モ協讚契約ノ取消ヲ申立ル權ナシ

在レ取消權ヲ有スル債權者ハ取消ノ原因ヲ異議申立ノ形式ヲ以テ協議契約ノ認可ニ際シ自己ノ過失ニアラスシテ主張シ得タルモノナルコトヲ要ス何トナレハ既ニ一旦異議ノ申立ヲ以テ主張シタル原因ナルニ於テハ確定シタル裁判ヲ再理スルニ至ルヘク又ハ過失ニ因リテ主張セザリシ債權者ハ之ヲ保護スルノ要ナケレハナリ(佛蘭西商法ニ於テハ協議契約ハ裁判所ノ認可ヲ要スルカ故ニ特別ノ契約ナリシ通常ノ契約ノ如ク強暴錯誤及ヒ詐欺ヲ以テ取消スコトヲ得セシメス唯商法第五百十八條ニ於テ特別ナル詐欺アル場合ニ於テ協議契約ヲ取消スコトヲ許スノミ是レ協議契約ハ種種ノ複雜ナル手續ト裁判所ノ認可トヲ要スルヲ以テ該契約ノ確實ナル擔保ハ大ニ悉セリト謂フヘシ然ルニ協議契約ヲ以テ容易ニ取消ノ問題ニ係ラシムルニ於テハ費用ト時間トヲ空消スルニ過キストノ觀念ニ基ケルモノト思ハル而シテ協議契約ノ取消ノ原因タル詐欺ハ債務ノ偽記又ハ財産ノ隱匿ニ因リテ成立シ且ツ裁判所ノ認可以後ニ於テ發見シタルコトヲ要ス蓋シ斯ル詐欺ハ協議契約ノ締結ニ際シ發見セララルニ於テハ其成立ヲ妨タルニ足リ又有罪破産ノ要素タルモノナルヲ以テ之ニ基キ

詐欺破産ノ判決アリタルトキハ前述ノ如ク協議契約取消ノ原因ト爲ル隨テ破産者ノ死亡ニ因レル公訴權ハ消滅又ハ檢事ノ不行動等ニ基キ前示ノ判決ナキ場合ニ於テ債權者ニ前示ノ詐欺ニ基キ協議契約取消ノ請求權ヲ奪フノ理ナキヲ以テナリ獨逸破産法第一九六條ニ於テハ協議契約カ破産者又ハ第三者ノ詐欺ニ因リテ締結セラレタルトキハ錯誤ニ陷リタル各破産債權者ハ(一)フツチング氏カ其破産法論ニ於テ錯誤ニ陷ラサル者ト雖モ取消權アリトノ論旨ハ普通ノ原則ニ反スルモノトシテデルンブルグ氏カ普通西私法論ニ於テ論難スル所ナリ第一ニ其過失ニアラスシテ取消ノ原因ヲ認可手續ニ於テ主張スルコトヲ得第二ニ其賛成ナクシテ協議契約ノ提供ニ對シ其成立ニ必要ナル多數決ノ成立セストノ要件ノ下ニ於テ協議契約其モノニアラスシテ單ニ協議契約ニ依リテ生シタル不利益ノ效力即チ免除ノミヲ取消スコトヲ得且ツ協議契約ニ因リテ取得シタル權利ヲ保有スルコトヲ得是レ協議契約ノ取消ヲ許ストキハ其結果トシテ協議契約ニ因リ債權者ノ爲メニ生シタル權利ヲ消滅セシムルカ故ニ債權者保護ノ爲メニスル取消ヲ却テ其損害ト爲ルノ奇觀ヲ呈スルニ至ル者

ミナラス甲債權者ノ取消權ノ行使ハ他ノ債權者ヲ漏スルニ至ルカ如キ不當ノ現象ヲ呈スルヲ以テナリ立法論トシテハ獨逸破産法ヲ正當ト認ム。取消權實行ノ形式及ヒ期間ハ我商法ノ規定セザル所ナリ然レトモ申請ノ形式ヲ以テ協議契約ノ履行完結以前ニ認可ヲ爲シタル破産裁判所該裁判所ノ事件ヲ調査スルニ尤モ便宜アリ。對シ異議ヲ申立(取消權ノ實行)ヲ爲スヘキモノナルコトハ商法第千三十九條第千四十條ノ類推解釋トシテ疑ナキ所ナリ獨逸破産法ニ於テハ破産債權者カ其取消ノ意思ヲ相手方タル破産者ニ對シ裁判上又ハ裁判外ニテ表示スヘキモノト爲スニ似タリ而シテ取消ヲ命シタル裁判カ確定セタルトキハ協議契約ハ法律上存在セザルモノト爲ル隨テ之ニ基キ債權者ノ爲メニ生シタル權利殊ニ協議契約履行ヲ擔保スル抵當質保證モ亦存在セザルコトト爲ル(從ハ主ニ隨テ)取消裁判ヲ確定ニ至ルマデニ存在シタル法律行為ノ運命ハ後述ノ如ク商法第千四十四條ニ從ヒテ定マラルモノナリ。四六

(C) 解除 破産者カ協議契約ヲ履行セザルトキハ各破産債權者ハ之ヲ解除スルコトヲ得第一〇四四條ニ不履行ノ爲メ解除……是レ協議契約ハ一ノ契約ニ

外ナラサルヲ以テナリ民法第五四一條商法第三二三條解除ノ方法ハ破産法ニ於テ別ニ明文ナキヲ以テ民法ニ依ルノ法意ト解スルヲ正當ト認ム但シ破産手續再施ノ事項ニ付キ解除ノ效力カ一般タルコトハ商法第千四十四條ノ法意ニ依リ瞭然タリ(佛蘭西商法第五二〇條伊太利商法第八四三條英吉利破産法第一八四條瑞西破産法第三一五條等ハ方法ト效力トニ於テ多少ノ差異アレトモ我破産法ト同シク不履行ニ基ク協議契約ノ解除ヲ認メタリ是レ雙務契約ニ關スル解除ノ法則ヲ適用シタルニ過キス而シテ佛蘭西商法大家リオンカン氏ノ説明ニ依レハ佛蘭西ニ於テハ協議契約上ノ權利ニ付キ滿足ヲ享有セザル各債權者カ破産者ニ對シ又ハ其相續人ニ協議契約ノ解除ヲ求ムルコトヲ得必要ノ場合ニ於テハ認可ヲ爲シタル裁判所ニ解除ノ請求ヲ爲スコトヲ得其解除ノ效力ハ通知ニ反シテ一般ノシテ總債權者ニ對シテ協議契約カ解除セザルルコトト爲ル蓋シ各當事者ニ效力ヲ止ムル解除ハ大ニ煩雜ナルヲ以テナリト獨逸破産法(第一九五條)ハ不履行ニ基ク協議契約ノ解除ヲ認メス是レ各破産債權者ハ協議契約ノ當事者ニアラサルヲ以テ破産者ノ不履行ニ因リテ各破産債權者

カ協賛契約ヲ解除スルコトヲ得ルト云フハ契約上ノ法則ニ反スルモノナラズ協賛契約ノ繼續問題ハ總破産債權者ノ共同利益ニ基キテ決スルモノニシテ協賛契約ノ成立後之カ成立ヲ悔ヒタル破産者ノ意思若クハ協賛契約ノ成立ニ付キ不賛成ナル破産債權者一私人ノ意思ニ因リテ左右スルモノニアラス殊ニ債權者ハ協賛契約ノ締結ニ際シ自由ニ履行ノ擔保ヲ設ケ又ハ不履行ノ場合ニ解除スヘキ旨ヲ附帶契約ヲ爲シテ十分ニ適當ナル處分ヲ採ルコトヲ得ヘキカ故ニ特約ナキニ拘ラス法律的干涉ヲ以テ協賛契約ノ解除ヲ許スヲ失當トストノ觀念ニ基ケリ隨テ獨逸破産法ニ於テハ破産者カ協賛契約ヲ履行セザルトキハ債權者ハ強制執行ニ依リテ強制履行ヲ請求スルコトヲ得立法上ノ見解トシテハ獨逸破産法ヲ正當ト認ム

第五二〇條白耳義商法第五二三條瑞西破産法第三一五條第一項其理由ハ協賛契約解除ノ場合ニ於テハ保證人カ其義務ヲ悉ササルノ責アリト云フニアラス

シテ却テ(1)保證人カ其義務ヲ免レンカ爲メニ破産債權者中ノ或者ト共謀シテ之ヲシテ協賛契約ノ解除ヲ爲サシムルカ如キ弊害ヲ豫防スルニ在リ(2)破産債權者中ノ一人カ爲メタル協賛契約ノ解除ヨリシテ破産債權者總員ニ對スル保證人ノ免責ヲ來スハ失當ナルヲ以テナリ(3)保證ヲ立タシメタルハ破産者カ協賛契約ノ履行ヲ缺ク場合ニ備フルカ爲メナリ然ルニ斯ル場合ノ到來ニ依リ保證人カ免責スト云フハ破産債權者ノ意思ニ反スト云フニ在リ隨テ解除ノ場合ニ於テ保證人ヲ免責セシメタルハ一方ニ於テハ解除ノ利益ヲ他ノ一方ニ於テハ解除セザル協賛契約ノ利益ヲ債權者カ一身ニ集合スト云フニ至ル矛盾ノ見解ナリトノ說ハ正當ニアラス保證ニアラサル擔保連帶質抵當等ニ關シテモ亦同一理由ニ依リ同一ニ論結スヘキモノト信ス殊ニ供物保證民法第三四二條第三六九條ニ關シテハ擔保ヲ供シタル第三者ト破産債權者ノ一人ト共謀シ破産者ノ財産上ニ存スル擔保ニ關シテハ破産者ト破産債權者ノ一人ト共謀スル虞アリ

(五) 破産手續ノ再施 破産手續ノ再施ハ破産者ノ破産債權者ノ一人ト共謀スル虞アリ協賛契約ノ消滅取消及ヒ解除ハ其發生ノ原因及ヒ效力ニ於テ各異同アリ消滅

ハ有罪破産ノ判決ヲ原因トシ第一〇四二條取消ハ協議契約固有ノ瑕疵ヲ原因トシ解除ハ爾後ノ事實タル契約不履行ヲ原因トス(第一〇四二條、第一〇四四條)消滅ハ法律上當然發生シ(第一〇四一條)當然取消ハ申請ニ基ク裁判ニ因リテ發生シ又解除ハ其意思表示(民法ノ規定ニ依ル)因リテ發生シ(端西破産法第三一五條、第三一六條、佛蘭西商法第五二一條、第五二二條、第六五三條等)解除ヲ言渡ス裁判ヲ要スルニ似タリ又此三者ハ總破産債權者ニ對シテ效力ヲ有シ原則上既往ニ遡リテ其效力ヲ有シ民法第二二條第五四五條參考且ツ破産手續ノ履行ノ效力ヲ生ス第一〇四四條而シテ前二者ハ其當然ノ結果トシテ協議契約ノ履行ノ擔保ヲ無効トシ後者ハ之ニ反シテ該擔保ヲ留存セシム(第一〇四四條)左ニ破産手續ノ再施ニ關スル法則ヲ略述スヘシハ(一)破産手續ノ再施ニ關シテ(二)性質 破産手續ノ再施ハ第二ノ破産宣告ニアラスシテ却テ從來ノ破産手續ノ更新及ヒ續行ナリ破産手續ニ關係ナキ中間時代ト協議契約成立以後再施マテ及ヒ其間ニ於テ取得シタル第三者ノ權利トヲ認定スル特色ヲ有シテ更新セラレタル協議契約成立以後ニ於テハ破産關係ナリ何トナレハ破産手續再施

ノ原因ハ支拂停止ニアラザルヲ以テナリトス(三)當然セキ對債權者ノ再施
(B) 手續 破産手續ノ再施ハ破産裁判所ハ破産當事者ノ申立ニ因リ破産手續ヲ再施ヲ命スル旨ヲ決定ヲ爲スニ因リテ之ヲ開始ス我商法第四十四條ハ單ニ「破産手續ヲ再施シ……」ト云フニ止メ如何ナル手續ヲ以テ破産手續ヲ再施スルヤヲ規定セザレトモ破産手續ノ再施ハ破産宣告ト其效力ヲ同シウスルヲ以テ類推ニ因リテ破産宣告ト同一ノ手續ニ因リテ之ヲ爲スモノト論結スルヲ正當トスレハナリ(獨逸破産法第一九八條ニ於テハ破産手續ノ再施ノ申立ハ破産債權者ノ權利ナリトシ唯其申立ニ因リテ之ヲ破産裁判所カ決定ノ形式ヲ以テ破産手續ノ再施ヲ命シ佛蘭西商法第五二二條埃太利破産法第二四三條等)ハ之ニ反シ破産裁判所カ職權ヲ以テ破産手續ヲ再施スヘキモノト爲シタルハ(一)破産手續ノ再施ハ從前ノ破産手續ヲ施行スルニ過キス故ニ(二)破産手續再施ノ申立權ヲ有スルモノハ從前ノ破産債權者ニシテ協議契約成立以後破産手續ノ再施マテニ債權ヲ取得シタル債權者ヲ包含セス(ヨーロッパ)アルデルンドルフ氏等ハ反對ニ論結スレトモ通説ニアラス此種ノ債權者ハ唯再施シタル

破産手續ニ参加スルコトヲ得ルノ破産者カ破産手續ノ再施ノ申立權ヲ有スルハ破産宣告ノ申立權ヲ有スルト同法意ニ外ナラス(獨逸破産法ハ破産者ニ新ル申立權ヲ認メタリシ)⁽²⁾再施ノ申立ノ原因ハ協諾契約ノ消滅取消解除及ヒ棄却第一〇四四條第一〇四〇條第一〇四二條第一項第二項ニシテ債務者ノ支拂停止ニアラス而シテ前三者カ破産手續ヲ再施スルノ效力ヲ生スル理由ハ協諾契約ノ消滅ニ因リ各破産債權者カ破産手續ニ從ヒテ満足ヲ享有スルノ權利ヲ回復スル當然ノ結果ニ外ナラサルニ在リト雖モ協諾契約ノ棄却カ破産手續再施ノ原因タル理由ハ之ヲ解スルコトヲ得ス何トナレハ協諾契約ハ前述ノ如ク裁判所ノ認可ヲ經テ始メテ有效ナルカ故ニ第一〇四〇條棄却即チ認可カ拒絕セラレタル協諾契約ハ實體的及ヒ形式的ニ於テ存在セス隨テ特ニ之カ爲メニ破産手續ヲ再施スルノ必要ナケレハナリ是ヲ以テ獨逸佛蘭西等ノ立法ニ於テハ新ル變例ヲ見ス(申立)⁽³⁾因ニ之ニ對シテ獨逸佛蘭西等ノ立法ニ據リテ

(b) 破産手續ノ再施ハ從前ノ破産手續ヲ施行スルニ過キズ故ニ從前ノ破産裁判所カ破産手續再施ノ申立ニ付キ管轄ヲ有スルヤ當然ナリ破産裁判所ハ再施

ノ申立ニ關スル裁判以前ニ於テ先ツ再施ノ申立者ノ權利ノ有無訴訟能力ノ有無ヲ調査シ後ニ再施ノ原因ノ存否再施ヲ妨タル新破産手續ノ繫屬ノ有無及ヒ破産手續費用ヲ償フニ足ルヤ否ヤヲ調査シ且ツ之カ爲メニ必要ナル證據調査スルコトヲ得再施ヲ妨タル新破産手續ノ繫屬ニ關シテハ再施ノ效力ニ關スル説明ヲ參考スヘシ若シ再施ノ申立ヲ形式上及ヒ實體上正當ニアラスト認メタルトキハ決定ヲ以テ申立ヲ却下ス該決定ニ對シテハ申立人カ即時抗告ヲ爲スコトヲ得商法施行法第一三八條準用之ニ反シテ再施ノ申立ヲ正當ナリト認メタルトキハ破産手續ノ再施ヲ命スル決定ヲ爲ス該決定ニ對シテハ破産者カ即時抗告ヲ爲スコトヲ得商法施行法第一三八條其他該決定ハ商法第九百八十四條第七項第九百八十一條等ノ準用ニ依リ之ニ再施ヲ命シタル日時商法第四百四條ニ於ケル参加權者ヲ確定スルノ實用アリヲ記載シ又之ヲ公告セザルヘカラズ裁判所及ヒ裁判官ノ職權ハ破産手續ニ關シテハ破産者ノ利害關係ナキ中間時代ト及ヒ其間ニ取得シタル第三者ノ權利ヲ認容スルノ特色ヲ有シテ更新セラレタル協諾契約ノ成

立以前ニ於ケル破産關係ナルヲ以テ(1)協賛契約成立以前ノ狀態ニ復舊シ破産宣告ノ效力ヲ破産手續再施決定以後存續シ(2)協賛契約成立以後破産手續再施決定以前ニ於ケル中間時代ハ破産者ハ完全ニ自己ノ財産ニ付キ管理及ヒ處分權ヲ有スルヲ以テ又協賛契約ノ利益ヲ得タル破産者ノ借用及ヒ取引ヲ爲シタル第三者ヲ保護スルノ必要アルヲ以テ破産手續ニ關係ナキ中間時代ニシテ又此時代ニ爲シタル破産者ノ法律行為ハ當然無効ト爲ラス唯詐害行為タル場合ニ於テ取消サルノミ支拂ノ停止ニ代フルニ有罪破産ノ判決其他ノ適當ナル事項ヲ以テ破産手續ヲ再施シタル場合ニ於テモ商法第九百九十九條乃至第九百九十二條ノ準用アルコト規定スルヲ立法上正當ト信ス民法第四二四條破産者ノ取得シタル財産ハ破産財團ニ屬スルコト前述ノ如シ故ニ前述ノ中間時代ニ於テ取得シタル破産者ノ財産ハ破産手續ノ再施後ニ於ケル破産財團ニ屬ス獨逸破産法ニ於テハ前述シタル如ク破産手續開始マテニ於テ破産者ニ屬シタリシ財産ノミカ破産財團タルカ故ニ前示中間時代ニ於テ破産者ノ取得シ

タル財産カ破産財團ニ屬スト云フハ失當ニ似タレトモ學者ノ説明スル所ニ依レハ此中間時代ニ債權ヲ取得シタル者カ新破産債權者トシテ再施シタル破産財團ニ屬セシメタル觀念ト一致セラルノミナラス此種ノ財産ト破産宣告ノ當時ニ存在スル財産權トヲ區別スルハ事實上不能ナリトノ理由ニ基キテ破産手續ノ再施ノ當時ニ於テ有スル財産ヲ以テ破産財團ト爲シタリ(4)破産宣告以前ニ債權ヲ取得シタル者即チ舊債權者及ヒ協賛契約成立以後破産手續再施マテ債權ヲ取得シタル者即チ新債權者カ再施シタル破産手續ニ參加スルコトヲ得ヘシ新債權者ハ破産債權者トシテ破産手續再施ノ當時ニ存在スル數額ニ付キ破産手續ニ參加スルコトヲ得其理由ハ若シ然ラスンハ大ニ該債權者ノ權利ヲ害スルノミナラス取引ノ信用ヲ害スルニ至ルヲ以テナリ蓋シ新債權者ハ協賛契約ノ成立以前ノ破産財團ニ屬シタルト否トノ區別ヲ問フコトナク債務者ノ財産及ヒ其處分能力ニ付キ十分ニ信用スルノ權利アルカ故ニ舊債權者ノ爲メニ協賛契約成立以前ノ破産財團ニ關シ一ノ別除請求權ヲ設クルハ極メテ失當ナレハナリ舊債權者カ再施シタル破産手續ニ參加スルコトヲ得ルハ破産債

權者タル自衛權ノ作用トシテ當然ノ事項ニ屬ス然レトモ如何ナル數額ニ付キ
 参加スルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ニ關シテハ我破産法ニ明文ナク又獨逸佛蘭
 西ノ立法例カ各其趣旨ヲ異ニスル所ナリ(獨逸破産法第二〇〇條第一項ニ於テ
 ハ破産手續ノ再施ハ協議契約ヲ消滅セシメス却テ單ニ協議契約ニ付キ生シタ
 ル破産債權者ノ不利益ニ歸スル效果即チ債務ノ免除ノミヲ爾後消滅セシムル
 ニ止マルヲ以テ舊債權者ハ既ニ受取リタルモノハ縱令協議契約ニ基ク分屬額
 ト雖モ返還スルノ義務ナシ隨テ舊債權者ハ破産手續再施ノ當時尙ホ消滅セザ
 ル殘存ノ債權額ニ付キ破産手續ニ参加スルニ過キス(破産手續再施マテニ發生
 シタル利息費用等ヲ算入スルコトヲ得ルハ勿論ナリ)佛蘭西商法ニ於テハ協議
 契約ノ解除及ヒ消滅ハ既往ニ過リテ其效力ヲ生シ協議契約カ存セサル場合ト同
 視スルヲ以テ商法第五百二十六條伊太利商法第八四五條ニ於テ之ニ對スル一
 制限トシテ協議契約上ノ分屬額ハ破産關係ニ於テハ債權ヲ代表ニ從テ協議契
 約上ノ分屬額ノ支拂ハ債權ノ支拂ト同一ナリトノ思想ニ新債權者ハ舊債權者
 カ協議契約上ノ分屬額ヲ以テ満足セラルヘキモノナルコトヲ計算ニ置タトノ

理由トヲ以テ協議契約ニ於テ定マルタル分屬額全部ヲ受取リタル者ハ完済
 セラレタルモノトシテ再施シタル破産手續ニ参加スルコトヲ得タルモノトシ
 又毫モ分屬額ヲ受取ラサル者ハ債權全額ニ付キ再施シタル破産手續ニ参加ス
 ルコトヲ得セシメ分屬額ノ一部分ヲ受取リタル者ハ分屬額全額ト受取リタ
 ル一部分額トノ割合ニ於ケル債權ノ殘額ニ付キ例ヘハ金千圓ノ債權ニ付キ協議
 契約上ノ分屬額カ百分ノ二十即チ二百圓ナルトキハ二百圓ヲ支拂フノミヲ以
 テ足レリトス隨テ分屬額トシテ百圓ノミヲ受取リタルニ過キサルニ於テハ九
 百圓ニアラスシテ分屬額ノ二分ノ一ニ當ル千圓ノ二分ノ一即チ五百圓ニ付キ
 再施シタル破産手續ニ加入スルコトヲ得セシメタリ但シ斯ル法則ハ舊債權者
 ト新債權者トノ關係ニ止マリ舊債權者ト破産者ノ關係ニ及ハス蓋シ破産者ハ
 協議契約ノ消滅シタル場合ニ於テ其利益ヲ自己ノ爲メニ援用スルコト能ハサ
 ルヲ以テナリ故ニ協議契約ニ於テ定メラレタル免除額カ百分ノ二十五ノ割合
 ニシテ舊債權者ノ有スル債權額カ千圓ト假定セハ破産者ハ唯七百五十圓ヲ支
 拂フ以テ其責ヲ免ル然ルニ僅ニ五百圓ヲ支拂ヒタル後ニ於テ協議契約カ取

消サレ又ハ解除セラレタルトキハ舊債權者ハ殘額五百圓ニ付キ再施シタル破
産手續ニ參加シ其結果百圓ヲ受取リタルニ過キサルトキハ殘額四百圓ニ付キ
破産手續ノ終了以後破産者ニ對シ執行ヲ爲スコトヲ得ヘシ我商法ノ解釋トシ
テハ協議契約ノ消滅取消及ヒ解除ハ原則上溯及力ヲ有スルカ故ニ(中間時代カ
破産手續ニ關係ナク又其間ニ生シタル權利行為ノ有效ナルコトハ取引ノ安全
ヲ保ツカ爲メニ斯ル原則ニ對スル制限ニ外ナラス協議契約ハ初ヨリ存セサ
ルコトト爲リ其結果債務者ハ管理處分權ノ喪失中ニ在リ又協議契約ニ於テ定
マリタル分屬額ノ支拂ハ當然無効ト爲ル隨テ各舊債權者ハ其受取リタル分屬
額ヲ破産財團ニ返還シ又其有スル債權全額ニ付キ破産手續ニ參加スヘキモノ
ト論結スルヲ正當ト認ム(與太利破産法第二四四條參考)立法上ノ見解トシテハ
獨逸破産法ヲ正當ト認ム協議契約ノ解除ノ場合ニ於テハ其履行ヲ擔保スル擔
保關係カ存續スルヲ以テ舊債權者カ協議契約ニ因リ破産者ノ財産上ニ物上擔
保ヲ有シタルトキハ再施シタル破産手續ニ於テ新破産債權者ニ對シ別除請求
權者ト爲ルヤ疑ナシ(獨逸破産法第二〇〇條第二項)

(D) 再施シタル破産手續ト協議契約成立以前ニ於ケル破産手續及ヒ新破産手
續トノ關係 再施シタル破産手續ハ前述ノ如ク協議契約成立以前ニ於ケル破
産關係ノ更新及ヒ續行ナルヲ以テ必要ナル限度ニ於テ再ヒ破産手續ヲ施行ス
(獨逸破産法第二〇一條第一項)是レ費用ト時間ト努力トヲ節約スル經濟上ノ目
的ニ適シ立法上甚タ正當ナリト謂フヘシ是ヲ以テ(1)以前ノ破産主任官及ヒ管
財人ハ新ニ選定セララルコトナク當然再施シタル破産手續ニ於テ其職務ヲ行
ヒ破産裁判所ハ之カ爲メニ破産手續ノ再施ヲ通知セサルヘカラス但シ以前ノ主
任官及ヒ管財人カ死亡其他ノ事情ニ依リ職務ヲ行フコト能ハサル場合ニハ新
ニ主任官及ヒ管財人ヲ選定スルヤ言フ埃タス(2)以前ノ破産手續中ニ於テ爲シ
タル届出ハ再施シタル破産手續ニ於テモ亦效力ヲ有ス而シテ以前ノ破産手續ニ
於テ爲シタル調査ノ結果即テ確定及ヒ異議ハ再施シタル破産手續ニ於テ效力
ヲ有ス故ニ以前ノ破産手續ニ於テ確定シタル權利ハ其確定以後破産手續ノ再
施マテニ發生シタル辨濟相殺免除等ノ原因ニ由リ全部又ハ一部カ消滅シタル
コトヲ理由トスルニアラスシハ異議ヲ申立テラルコトナシ之ニ反シテ以前

ノ破産手續ニ於テ異議ヲ申立テラレタル權利ハ再施シタル破産手續ニ於テモ亦效力ヲ存シ以前ノ破産手續ニ於ケル場合ト同シク確證ノ訴ヲ以テ之カ當否ヲ定メタルヘカラス異議申立權者ハ爾後ニ生シタル債權ノ消滅ヲ訴訟ノ程度ニ於テ許ササル限ハ繫屬シタル確證ノ訴訟ニ於テ主張スルコトヲ得又該消滅ヲ理由トシテ新ニ異議ヲ申立ツルコトヲ得ヘシ以前ノ破産手續ニ於テ届出テラレタルモ未タ調査セサル權利ハ再施シタル破産手續ニ於テ之ヲ調査ス(3)破産手續ノ再施決定ニ於テハ新破産債權者及ヒ新破産財團ノ爲メニ商法第九百八十條第三乃至第六ノ事項ヲ掲ケ之ヲ公告セサルヘカラス(第九八一條)然レトモ貸借對照表及ヒ財産目錄ハ新調査スルコトヲ要セス管財人カ補足スルヲ以テ足レトス(4)協諾契約ノ成立以後ニ成立セタル權利ハ一般ノ規定ニ從ヒ届出且ツ之ヲ調査セサルヘカラス

協諾契約ノ成立以後財産ノ管理及ヒ處分權ヲ回復シタル債務者カ協諾契約ノ義務ヲ完全ニ履行セサル以前ニ於テ破産宣告ノ要件ヲ具備スルニ至リタルトハハ聽ニ破産宣告ヲ爲シタル破産裁判所又ハ其他ノ管轄破産裁判所カ新舊債

權者ノ申立又ハ債務者ノ申立ニ因リテ未タ協諾契約ノ消滅解除又ハ取消等ノ原因ニ依リ破産手續ノ再施ナキ限第二ノ破産宣告ヲ爲ササルヘカラス(1)新債權者カ破産宣告ヲ求ムル申立權ヲ有スルハ聽ナシト雖モ舊債權者カ第二ノ破産宣告ヲ求ムル申立權ヲ有スルヤ否ヤハ學者ノ見解各異ナレバ佛法學者殊ニリオンカン氏ハ同一ノ債權者カ同一ノ債權ノ爲メニ同一ノ債務者ニ對シ再度ノ破産宣告ヲ爲スコトヲ得ストノ理由ヲ以テ消極的ニ論結ス獨逸學者殊ニフキフヘルド「ザルウェー」氏等ハ積極的ニ論結セタリ予輩ハ我國商法施行法第三百三十八條第一項ノ文理解釋上積極的ニ論結スルヲ正當ト認ム(2)第二ノ破産宣告ハ破産手續ノ再施ト異ニシテ破産手續ノ續行ニアラサルヲ以テ第一ニ以前ノ破産宣告ヲ爲シタル破産裁判所以外ノ裁判所カ管轄權ヲ有スルコトアリ又第一ノ破産手續ト同一ノ手續ヲ悉ササルヘカラス殊ニ協諾契約ノ成立以後第二ノ破産宣告以前ノ行為ニ大關係アル支拂停止ノ日時ノ確定債權ノ届出及ヒ調査ヲ爲ササルヘカラス舊債權者ハ其現存債權額ニ付キ第二ノ破産手續ニ參加スヘキモノナルヲ第ニ條タス(3)再施シタル破産手續ト第二ノ破産宣告

トハ同一ノ破産財團ニ付キ行ハルモノナリ故ニ同時ニ破産手続ヲ再施シ又第二ノ破産宣告ヲ爲スコトヲ得ヌ是ヲ以テ同一ノ破産者ニ對シ第二ノ破産宣告ヲ求ムル申立ト破産手続ノ再施ヲ求ムル申立トカ同一ノ破産裁判所又ハ異ナリタル破産裁判所ニ繫屬シタルトキハ申立ノ前後ニ依リ一方ヲ採リ他ノ一方ヲ排斥スヘシ申裁判所カ第二ノ破産宣告ヲ爲シ乙裁判所カ破産手続ノ再施ヲ命シタルトキハ同一ノ破産事件ニ數多ノ破産宣告アリタル場合ト同一ニ論結スヘシ多數ノ學者カ破産手続ノ再施ヲ第二ノ破産宣告ヨリ優等視シ破産手続ノ再施ノ申立ハ第二破産宣告ノ申立ヨリ先ニ裁判シ且乙前者ハ總令第二ノ破産宣告ヲ爲シタル場合ニ於テモ之ヲ許シ之ニ因リテ破産手続ノ再施ヲ命シタルトキハ第二ノ破産手続ヲ停止シ之ヲ當然再施シタル破産手続ニ於テ第一ノ破産手続ノ續行トシテ終了セシムルモノナリトノ見解ハ法文上ノ根據ヲ有セタル不當ノ見解ナリ第二ノ破産終局後第一ノ破産手続ヲ再施スルコトハ疑ナシ蓋シ舊債權者ノ權利ヲ破産手続ノ再施ノ拒絶ヲ以テ害スルコトヲ得サレハ其ノ申立又ハ附屬債權ノ申立ニ因リテ未ダ附屬債權ノ前破産債權又ハ前債權ナリ

(四) 再施シタル破産手続ノ終局 再施シタル破産手続ハ破産手續費用ヲ償フニ足ル破産財産ノ存セタルコトニ因リテ停止シ又配當ニ因リテ終局スレトモ協賛契約ヲ以テ終局スルコトヲ得ヌ蓋シ形式上協賛契約ノ提供ハ一同ニ限ル(第一〇三八條法意)ト直チニ財團ノ換價及ヒ配當ヲ爲シテ終局ニ至ラシムトノ法文第一〇四四條トニ徴シ又實體上破産手續ヲ迅速ニ終局セシムヘキ法意ヨリ推究シ瞭然タレハナリ(獨逸破産法ニ於テハ前述ノ如ク詐欺破産ノ確定判決ノミカ破産手續再施ノ原因タルヲ以テ再施シタル破産手續カ協賛契約ニテ終局スルコトナキハ法文上明白ナリ獨逸破産法第一七五條第三項佛蘭西商法ニ於テハ第五二四條解除ニ因リ破産手續ヲ再施シタル場合ニ協賛契約ニ依レル終局ヲ認メ是レ當初ノ協賛契約カ嚴酷ニ失シタル結果トシテ解除セラレタルカ故ニ當事者間ニ於テ更ニ寛大ナル協賛契約ヲ締結スルコトヲ得ルノ妨トナラストノ理由ニ依ル)又詐欺破産ノ確定判決ニ基テ協賛契約ノ取消ニ依リ破産手續カ再施セラレタルトキハ協賛契約ニ依レル終局ヲ認メヌ(是レ詐欺破産ノ確定判決ハ協賛契約ノ締結ヲ妨タルモノナレハナリ)(第五二〇條詐欺ニ基テ

協賛契約ノ取消ニ因リ破産手續ヲ再施シタル場合ニ於テ學者ノ見解ニ派ニ分レタリ其第一ハ「ローレン」氏等ノ主張スル所ニシテ協賛契約ノ妨ケト爲ルモノハ法律上詐欺破産ノ確定判決ノミ故ニ詐欺其モノノ協賛契約締結ノ妨ケト爲ラスレテ唯破産裁判所カ認可ヲ拒ムノ理由ト爲ルノミト云フニ在リ其第二ハ「リオンカン」「アラバ」氏等ノ主張スル所ニシテ詐欺ハ協賛契約取消ノ原因ト爲ル然ルニ新協賛契約締結ノ妨ケト爲ラヌト云フハ擅著ノ見解ナリト云フニ在リ

第三款 配 當

破産ハ一ノ強制執行ナリ故ニ破産手續ハ強制執行手續ト同シテ配當ニ因リテ終局スルハ當然ナリ(商法第三編第八章配當民事訴訟法第六二六條乃至第六三九條第六九一條以下)配當トハ破産債權者間ニ破産財團ヲ分配スルノ行爲ナリ配當ハ通常金錢ヲ以テ之ヲ爲ス蓋シ金錢ハ其性質上各破産債權者ニ對シ其分ゲ前ニ比例セル満足ヲ得セシムルヲ以テナリ是ヲ以テ金錢ニ非サル破産財團

ハ配當以前ニ之ヲ換價スルヲ當然トス(第一〇四八條財團ノ換價)佛蘭西商法第四八九條瑞西破産法第二六一條獨逸破産法第一三七條故ニ各破産債權者ハ金錢ノ支拂ニ換ヘ他ノ物件ヲ受クルコトヲ強制セラルルコトナシ立法論トシテハ實物配當カ破産當事者ニ有益ナルトキハ金錢配當ニ代ヘ實物配當ヲ行フコトヲ得セシムルヲ正當ト認ム(意義) 破産財團ノ換價ハ第一〇四九條乃至第一〇五二條ニ規定セラルル如ク第一〇四九條ハ配當ニハ立法上二大主義アリ一同配當主義及七數同配當主義是ナリ前者ハ破産財團ヲ悉皆換價シタル後ニ於テ配當ヲ爲スノ主義ニシテ後者ハ配當ニ足ルヘキ財團ノ生スル毎ニ配當ヲ爲スノ主義ナリ配當スルニ足ル破産財團ノ存スルニ拘ラス破産財團ヲ悉シ換價スルマテ各破産債權者ニ對スル支拂ヲ猶豫スルハ不必要ニシテ又債權者ノ不利益ナルヲ以テ近世諸國ノ立法ハ皆數同配當主義ヲ認メタリ(獨逸破産法第一四九條佛蘭西商法第四八九條第五五六條奧太利破産法第一六八條第一八五條瑞西破産法第二六一條第二六六條英吉利破産法第五八條等)我商法モ亦然リ(第一〇四六條) 配當ニ足ル可キ財團ノ生スル毎ニ第一〇四七條「」毎回數同配當主義ヲ配タル當然ノ結果トシテ理論上少

ニ最モ適當ノ材料ハ債權表ナルヘシ(第一〇三四條) 債權ノ届出ヲ爲シ且ツ調査會ニ於
配當ニ與カルヘキ債權者トハ適當ノ時期ニ債權ノ届出ヲ爲シ且ツ調査會ニ於
ケル承認又ハ判決ニ因リ確定シタル破産債權ヲ有スル債權者ナリ蓋シ破産債
權ハ承認則チ裁判上ノ認定又ハ判決ニ因リ確定セラレタルニ由リテ確定力ヲ
得隨テ執行シ得ヘキモノト爲レシナリ是ヲ以テ條件附債權者モ亦配當ニ與カ
ルヘキ債權者ト爲ル但シ後述ノ如ク停止條件附債權者ニ對シテハ理論上割前
ヲ留存シ解除條件附債權者ニ對シテハ之ヲ支拂フ(條件成就ノ場合ニ處スルカ
爲メニ返還ヲ擔保スル保證ヲ立テシムルヲ可トスルコトハ前述セル所ナリ)獨
逸破産法第一六八條第二(第四)然リ而シテ別除請求權ヲ行使シ且ツ届出及ヒ確
定ノ手續ヲ踐ミタル債權者カ優先權ヲ拋棄シタル限度又ハ擔保物ノ賣却代金
ヨリ完全ナル排濟ヲ受ケタル場合ニ其未済額ニ付キ破産財團ヨリ平等の支拂
ヲ受タルノ手續即チ配當ニ與カル方法ニ關シテハ我商法ニ明文ヲ缺ク然レト
モ此種ノ債權者ノ權利及ヒ他ノ破産債權者ノ權利ヲ完ウセシムルカ爲メニ管
財人ハ前示ノ債權者カ破産財團ヨリ配當ヲ受タヘキ旨ヲ申立ヲ爲シタルトキ

ハ割前ヲ留存シ優先權ノ拋棄又ハ不足部分ノ證明ヲ爲シタルトキハ留存シタ
ル割前ヲ交付スヘキモノト思ハル(獨逸破産法第一五三條第一五六條) 債
權者ノ正當時期ニ届出タルモ債權調査會ニ於テ異議ヲ受ケタルカ爲メニ債權
確定ノ訴訟ヲ提起シタル債權者及ヒ正當時期ニ届出ヲ爲スコト能ハサル債權
者即チ届出及ヒ調査ノ爲メ別段ノ期間ヲ定メラレタル在外債權者ハ債權未確
定ノ故ヲ以テ理論上配當ニ與カルヘキ債權者ト云フヘカラス然レトモ前者ハ
破産手續ニ於ケル權利ノ實行ニ怠慢ナク又後者ハ特定期間ニ届出ヲ爲ス權利
ヲ有スル者ナルヲ以テ債權未確定ヲ理由トシ配當ニ與カラシメテハ不當ナ
ル異議ノ爲メニ正當ナル債權者ノ權利ヲ害シ又在外債權者ノ權利ヲ害スルニ
至ルヘシ此種ノ債權ノ確定ヲ待タンカ破産手續終局ニ遲滞ヲ來スニ至ルヘシ
是ニ於テカ法律ハ前示ノ債權ノ確定以前ニ爲ス配當ニ於テ其債權ニ歸スル割
前ヲ留存スルモノト規定セリ(第一〇二九條後段佛蘭西商法第五〇二條第五〇
三條獨逸破産法第一六八條第一)故ニ管財人ハ配當ニ與カルヘキ債權者ニ準シ
テ配當案ニ此種ノ債權者ノ氏名等ヲ記載セサルヘカラス而シテ留存シタル割

前ハ破産債權ノ確定シタル場合ニ之ヲ債權者ニ交付シ(留存シタル)割前ニ付キ生シタル利息ヲモ交付スヘキヤ否ヤニ關シタル學者間ニ爭アリ「リビニール」氏ノ如キハ從ハ主ニ隨フノ原則ニ依リ債權者ノ有ニ歸スヘキモノトシ「ルスアイ」氏ノ如キハ留存ハ支拂ト同一ニ非ス且破産財團ニ對シタル利息ヲ停止スヘキモノナレハ留存割前ノ利息ハ破産財團ニ歸スト云ヘリ予輩ハ前説ニ依ルヲ正當ト信ス(反對ノ場合即チ異議ヲ正當ト爲ス判決ヲ確定シタルカ)第一〇二七條又ハ在外債權者カ別ニ定メタル期間ニ債權ノ届出及ヒ調査ノ爲メニ届出ヲ爲ササルトキハ留存ノ割前ヲ更ニ債權者間ニ分配ス何トナレハ其割前モ亦破産財團ノ一部分ニ外ナラザレハナリ

債權ヲ正當時期ニ届出ス且第千二十九條ノ又ハ且フト解釋スルヲ正當時期ニ信ス何トナレハ債權ヲ正當時期ニ届出ヲナルモ調査會ニ於テ調査ヲ爲シ確定シタルトキハ財團ノ配當ニ與カルニ妨ナケレハナリ第一〇二五條第四項上段債權ノ確定セタル債權者ハ配當ニ與カルヘキ債權者ニ非ス故ニ管財人ハ配當案ニ此種ノ債權者ノ氏名等ヲ記載スルノ必要ナシ然レトモ商法第千二十五

條第四項ノ規定ニ基キ爾後債權カ確定シタルトキハ爾後ニ爲スヘキ財團ノ配當ニノミ加入スルコトヲ得是レ届出期間懈怠ノ爲メニ失權ヲ來ス主義ヲ排斥シタル當然ノ結果ナリ近世文明諸國殊ニ佛蘭西商法第五百三條獨逸破産法第百五十五條ニ依レハ懈怠ノ爲メニ失權ヲ來シ立法主義ヲ排斥シ荷モ破産手續カ終局セサル以上ハ破産債權者ハ届出及ヒ確定ノ手續ヲ履ミ而モ届出遲滞ノ爲メニ生スル損害ヲ避クルヲ得セシメタリ故ニ債權ヲ正當時期ニ届出ヲナル債權者ハ爾後ノ配當ニ於テ現存スル財團ヨリ正當時期ニ届出ヲ爲シタレハ受タヘカリシ割前ヲ先ニ支拂フヘキコトヲ求ムルヲ得セシメタリ(獨逸破産法第二百五十一條ハ先拂請求權ヲ認メサルニ似タリ)我商法ニ於テ此先拂請求權ヲ認メサルヤ否ヤハ明文上疑ナキニシモ非スト雖モ破産ノ目的タル平等ヨリ推理シテ積極的ニ論結スルヲ正當ト信ス但前ニ實行シタル配當ニ依リ割前ヲ受取リタル部分ニ付キ減少等ヲ要求セラルルコトナシ蓋シ配當ニ因リ一旦有效ニ支拂ヒタルモノハ破産財團ニ非サレハナリ此關係ヲ形容シテ獨逸ノ大案「ローレル」氏ハ配當ハ互ニ獨立スト云ヘリ我商法千二十九條財團ノ配當ニノミ加ハ

ルコトヲ得ノ明文ハ此法意ヲ證明スルニ足ルト云フコトヲ得ヘシ
(二) 内拂配當手續 内拂配當ハ配當案ヲ確定シタル後ニ之ヲ爲ス
(A) 配當案ニ其公告ノ日ヨリ起算シ十四日内ニ異議ノ申立ナキトキ又ハ異議ノ申立アリタルモ其落著シタルトキニ確定ス(第一〇四七條)獨逸破産法第一五八條異議落著ノ手續ヲ略言センニ配當案變更ニ付キ利益ヲ有スル債權者ハ自己ノ債權カ正當ニ配當案ニ表示セラレタル場合ナルト他債權者ノ債權カ不當ニ表示セラレタル場合ナルトヲ問ハス自衛方法トシテ配當案備付ノ公告ノ日ヨリ起算シ十四日内ニ配當案ニ對スル異議ヲ破産裁判所ニ申立タルコトヲ得財團上ノ請求權ヲ有スル者ハ異議ヲ申立タルノ權利ナシ何トナレハ此種ノ債權者ハ配當案變更ニ付キ毫モ利益ヲ有セザレハナリ破産者亦然リ何トナレハ破産者債權調査會ニ於テ異議ノ方法ニ依リ債權ノ確定ヲ妨クルコトヲ得タルモノナレハナリ第一〇四六條第二項此異議申立ニ對スル相手方ハ管財人ノ外ニ異議ノ申立テラレタル配當案ノ變更ニ付キ損害ヲ受クヘキ各破産債權者ナリトス異議申立權者及ヒ相手方

異議申立ハ書面又ハ口頭ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得民事訴訟法第一三五條準用)
(異議申立ノ方法破産裁判所ハ適法ナル異議申立ニ付キ裁判ヲ爲ス此裁判ハ職權ヲ以テ各關係人ニ送達セラルヘカラス(獨逸破産法第七三條第二項)第一五八條第二項我民事訴訟法第二四五條準用而シテ若シ裁判ノ内容カ異議ヲ正當ト認メ配當案ノ變更ヲ命シタルトキハ送達ノ外變更シタル配當案ヲ書記課ニ備ヘ且其旨ヲ公告セラルヘカラス(第一〇四六條第一項準用蓋シ此場合ニ於テモ裁判以前ニ配當案ヲ公告スヘキ理由ト同一理由ノ存スルヲ以テナリ(獨逸破産法第一五八條第二項)異議ニ對スル裁判異議ニ對スル裁判ニ對シテハ我法律上別ニ明文ナキモ民事訴訟法第五百五十八條ノ準用トシテ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ヘシ(商法施行條例第二四條商法施行法第一四七條)獨逸破産法第一五八條第二項異議申立ヲ却下シタル裁判ニ對シテハ異議申立ヲ爲シタル債權者ヨリ又異議ノ申立ヲ正當ト認メ配當案ノ變更ヲ命シタル裁判ニ對シテハ管財人其他之ニ因リ損害ヲ受クヘキ者ヨリ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ヘキヤ言フ域タス抗告裁判所カ配當案ノ變更ヲ命シタルトキハ送達ノ外ニ變更シタル配當案ヲ

破産裁判所書記課ニ備ヘ置キ且其旨ヲ公告セラルヘカラス又抗告裁判所ノ裁判ニ對シテ再抗告ヲ爲スコトヲ得ルヤ言フ埃タス面シテ抗告ノ途カ杜絶セラレタルトキハ期間ノ経過等越ニ異議カ落著タルモノト謂フコトヲ得ヘシ(不服申立方法)

(B) 配當ノ實行方法ヲ略言センニ法律ハ第一ニ配當ニ與カルコト能ハサル債權者カ配當額ヲ受タル危險ヲ豫防スルノ目的ヲ以テ管財人ハ各債權者ヲシテ其債權證書ヲ提出セシメ之ニ毎回ノ支拂額ヲ記シテ支拂ヲ爲スヘキモノトシ若シ紛失等ノ原因ニ由リ債權證書ノ提出不能ノトキニ限り破産主任官ノ認可ヲ得テ債權表ニ依リ支拂ヲ爲スコトヲ得ヘキモノトシ第二ニ受取高ニ關スル紛争ヲ豫防スルノ目的ヲ以テ債權者カ配當案ニ受取書ヲ記スルコトヲ要件ト爲シタリ(第一〇四七條佛蘭西商法第五六九條白耳義商法第五六三條)

(三) 終局配當手續 破産財團ヲ換價シ及ヒ其賣得金ノ配當ヲ終了シタルトキハ終局手續トシテ(一)主任官ハ債權者集會ヲ招集シ管財人ハ此集會ニ於テ卸任ヲ得ルカ爲メニ終局計算ヲ爲シ債權者ハ計算ノ當否其他換價シ得ヘキ破産財

團ノ存否ニ付キ討議シ以テ配當ヲ終局スルノ當否ヲ議決ス蓋シ終局配當ノ手續ハ破産手續ノ終局ヲ來シ破産手續中ニ生シタル錯誤又ハ不公平等ヲ更正スルコト能ハサルカ如キ各利害關係人ニ重大ノ結果ヲ來スヲ以テ手續ニ鄭重ヲ悉テシムルノ法意ニ出ツ(b)破産裁判所ハ主任官ノ申立ニ因リ破産手續ノ終結ヲ決定ス蓋シ破産裁判所ヲシテ法定要件ノ存否ヲ調査セシムルノ法意ニ出ツ(第一〇三七條第二項參考此決定ニ對シテハ法律上別ニ明文ナキヲ以テ不服申立ヲ爲スコトヲ得サルモノトス隨テ破産當事者ニ職權の遡達ヲ爲スハ不必要ナリト謂フヘシ然レトモ此決定ハ破産宣告ノ決定ト同シク之ヲ公告セサルヘカラス蓋シ總利害關係人ニ破産宣告ノ效力ノ消滅上の結果ヲ除ク)ヲ知ラシムルニ在リ而シテ破産手續終結ノ效力ハ公告カ有效ト爲ル日時ヨリ發生スルモノト知ルヘシ(第一〇四八條)佛蘭西破産法第一七條第一八一條第一項佛蘭西商法第五三七條第五三八條) 終局配當手續後尙ホ配當スヘカリシ破産財團ノ發見瑞西破産法第二百六十九條ニ於テハ破産手續終局後破産財團ニ屬スル財團ヲ發見シタルトキハ特ニ任

セラレタル吏員カ之ヲ占有シ換價シ以テ法定方式ニ拘束セラルルコトナク債權者ニ分配スル旨ヲ規定セリ異議ヲ正當ト認メタル確定判決在外債權者ノ特定期間内ニ届出ヲ爲ササル事實ニ基テ割前留存ノ原因消滅第一〇二九條解除條件附債權ニ付キ條件成就ヲ認メタル確定判決ニ因リ曩ニ内拂シタル配當額ノ拂戻等ニ因リ破産財團カ現存スルニ至リタルトキハ獨逸破産法ハ追加配當ト稱シ終局配當ノ附屬若クハ補充トシテ管財人カ破産裁判所ノ指揮監督ノ下ニ於テ配當スヘキ旨ヲ規定シタリ(獨逸破産法第一六六條我商法及ヒ佛蘭西商法カ此點ニ於テ明文ナキハ立法上ノ缺點ナリ然レトモ解釋上斯ル場合ニ於テハ前ニ爲シタル終局配當ハ商法第四十八條ニ規定セル財團ノ換價及ヒ配當ヲ全ク終リタルトキノ要件ヲ缺クヲ以テ無効ノ終局配當手續トシテ更ニ配當ヲ爲スヘキモノト謂フヲ正當ノ見解ト認ム

(四) 配當手續終局ノ結果 配當手續カ終局シタルトキハ破産手續ノ目的ヲ達シタル當然ノ結果トシテ各關係人ニ對シ破産關係ノ消滅ヲ來スノ效果ヲ生ス故ニ(1)配當ニ因リ債權ノ完済ヲ得サリシ各債權者ハ破産者ニ對シ各別的ニ其

權利ヲ實行スルコトヲ得ヘク又破産手續ニ於テ確定シタル權利ニ關シテハ確定ト記載セラレタル圖書第一〇二五條第一項又ハ確定判決ノ原本カ強制執行ノ債務名義ト爲ル故ニ債權者ハ之ニ基キ強制執行ヲ爲スヲ得ヘシ破産者ハ財産ノ管理及ヒ處分權ノ喪失ヲ回復ス故ニ爾後有效ニ財産ヲ取得シ又ハ債務ノ支拂ヲ爲スヲ得ヘシ第一〇四九條佛蘭西商法第五三九條乃至第五四一條獨逸破産法第一六四條第一六六條破産債權者トシテ配當ニ與カリタル債權者ハ爾後同一債權ニ付キ破産者タリシ債務者カ支拂ヲ爲ササルヲ理由トシテ再ヒ破産宣告ノ申立ヲ爲スヲ得ストナレハ破産手續終局以後ニ於テハ破産財團ナルモノ存セザレハナリ然レトモ破産手續終局後新債權ヲ取得シタルトキハ此債權ノ支拂停止ヲ理由トシテ破産宣告ノ申立ヲ爲シ得ルヤ當ヲ俟タス何トナレハ這ハ新ナル破産宣告ノ申立ナレハナリ他人カ破産手續終局後破産者タリシ債務者ニ對シ債權ヲ取得シ且破産宣告ヲ申立テ破産裁判所カ之カ決定ヲ爲シタルトキハ破産債權者タリシ債權者ハ破産債權者トシテ配當ニ加入スルコトヲ得ヘシ第一〇二三條……總債權者……)

本節ヲ講了スルニ際シ一言注意スヘキモノハ破産手續ノ終局ニ關スル涉外的効力はナリ破産手續開始ノ涉外的効力カ屬地破産主義ニ依リテ定ムルト同シタ破産手續終局ノ涉外的効力亦屬地破産主義ニ依リテ定ムルヲ正當トス故ニ甲國ニ於テ宣告シタル破産手續ノ終局ハ乙國ニ於テ宣告シタル破産手續ニ何等ノ影響ヲ及ホスコトナシ何トナレハ甲國ニ於テ爲シタル破産手續ノ終局ハ唯甲國內ニ於テ其効力ヲ發生スルニ止マレハナリ殊ニ甲國ニ於テ宣告シタル破産手續カ協議契約ニ依リテ終局シタルカ爲メニ各破産債權者ハ其債權ヲ乙國ニ於テ實行スルコトヲ妨ケラレス協議契約ハ各破産債權者カ債權ノ一部分ヲ民法的ニ消滅セシムルモノニ非ヌ却テ債權ノ一部分ニ關スル履行請求權其モノヲ喪失セシムル訴訟的契約ナルヲ以テ各債權者ハ其債權者ニ對スル甲國ニ於ケル破産手續カ協議契約ニ依リテ終局シタルヤ否ヤヲ慮ルコトヲ要セシテ同一債權者ニ對シ乙國ニ於テ民法的ニ消滅セタル債權ノ全部又ハ一部分ニ付キ起訴シ且執行ヲ爲スコトヲ得ヘシ乙國ニ於テ起訴シ且執行ヲ爲シタル債權者カ甲國ニ於ケル債權者ノ破産手續ニ參加シタルト否ト又協議契約ニ

賛成シタルト否トノ區別ハ之ヲ問フコトナシ

第四編 破産法ノ效果

第一章 人ニ關スル效果當事者ノ國籍ニ關スル問題

破産法ハ司法權行使ノ形式ヲ規定シタル法規ナルカ故ニ民事訴訟法ト同シタ我帝國ノ司法權ニ服從スヘキ帝國ノ臣民及ヒ外國人ニ對シテ行ハル然レトモ外國人ニ對シテハ國際條約又ハ國法ノ認容ニ因リ二三ノ例外ナキニ非ス外國ノ君主公使及ヒ其家族等ハ國際條約若クハ國法ノ認容ニ因リテ我司法權ノ下ニ立タス隨テ破産法ノ適用ヲ受ケタルヤ明白ナリ我帝國ノ君主ハ憲法上ノ形式ニ依ラサル行爲ニ付キ臣民ト爲ルモノニ非サルヲ以テ臣民ニ對スル司法權ノ下ニ立ツヘキモノニアラサルヤ疑ナキ所ナリ外國人タル債權者ハ其債權ノ執行ニ付キ內國人タル債權者ト同一ノ取扱ヲ受タルヲ以テ破産關係ニ於テ亦內國人タル債權者ト同一ノ取扱ヲ受タルヲ當然トス故ニ外國人タル債權者ハ內國人タル債權者ト同シ内國ニ於ケル破産手

續ニ參加シ又破産宣告ヲ求ムル申立ヲ爲スコトヲ得獨逸ノ「コト」氏ハ外國人タル債權者ハ訴訟上ノ保證ヲ立ツルコトヲ得シテ破産宣告ヲ求ムル旨ノ申立ヲ爲スコトヲ得ト主張シ其理由トシテ該申立ノ適否ハ破産裁判所カ調査スル所ナルヲ以テ申立權ヲ濫用スルノ虞ナシ隨テ訴訟上ノ保證ヲ立テシムルノ必要ナシト云フニ似タレトモ予輩ハ民事訴訟法ノ準用トシテ反對ニ論決スルヲ正當ト認ム「ゾ」キフエルド氏亦獨逸破産法ノ説明トシテ反對ノ論決ヲ認メタリ然レトモ國家ハ反對ノ立法即チ内外人ヲ同等視セサルノ法律ヲ設クルヲ妨ケタルモノニアラス殊ニ甲國カ乙國ノ臣民ヲ自國ノ臣民ヨリ劣等視シタルトキハ乙國ハ甲國ノ臣民ニ對シ反坐法ヲ適用シ自國ノ臣民ヨリ劣等視スルノ法律ヲ設クルコトヲ得ヘシ但斯ル法律ハ外國ノ反抗ヲ招キ且取引ノ發達ヲ害スルヲ以テ適當ナリト謂フヘカラス故ニ獨佛諸國ニ於テ未ダ斯ル規定ヲ設ケタルコトナシ我國ニ於テ亦然リ

破産法ハ人ノ身分及ヒ能力ニ關スル法規ニ非タルヲ以テ又内國人タルカ爲メニ内國ニ於テ破産宣告ヲ受クルハ毫モ理由ナキヲ以テ外國人タル債務者ハ内國人タル債務者ト同シク内國ニ於テ破産ノ宣告ヲ受ク故ニ外國人タル債務者ハ自ラ破産宣告ヲ受クル旨ノ申立ヲ爲シ協辦契約ノ提供ヲ爲スコトヲ得ルハ内國人タル債務者ト同一ナリ

第二章 所ニ關スル效果法規ノ適用ニ關スル問題

狹義ノ涉外的破産法ハ一ノ破産手續ニ付キ内外國法カ互ニ衝突スル場合ニ於テ何レノ國法ニ依ルヘキヤヲ定ムルコトヲ目的トス此目的ニ基キタル法律上ノ論決ヲ所ニ關スル破産法ノ效果ト謂フ

獨立國ニ於テハ二箇ノ權力ヲ認メタルヲ以テ我帝國ノ權力ノ一作用タル司法權ハ其力ヲ我帝國ノ領域内ニ止ムルヲ通則トシ國際條約又ハ外國法ノ認容ニ因リ外國ニ行ハルルヲ例外トス又外國ノ權力ハ國際條約又ハ我國法ノ認容ニ因ルニ非スシハ我帝國内ニ於テ何等ノ效力ナシ故ニ國家ノ權力ノ作用タル執行權ヲ要スル權利ノ執行ハ裁判所所在地ノ法律ニ依リテ行ハレ又執行ニ關スル訴訟行爲ノ訴訟的及ヒ民法的效果亦該法律ニ依リテ定マルモノタリ然レト

モ執行手續ニ於テ私法上ノ權利ノ當否ヲ確定スルノ必要ヲ生シタルトキハ之ヲ渉外の私法ノ原則ニ依リテ定メ訴訟法ニ依ルヘキモノニ非サルコトハ渉外の關係ニ非サル場合ニ於テ私法ニ依リテ定ムルト同一ノ法理ナリ而シテ破産ハ一ノ執行手續ナルコト前述ノ如シ故ニ破産手續ニ關スル狹義ノ渉外私法ハ新法規則ニ外ナラスシテ又法規ノ適用ニ關スル種種ノ問題ハ新法規則ニ依リテ定ムルモノト謂フヘシ是ヲ以テ破産ニ關スル行為ノ形式申立届出等及ヒ其效力破産財團ノ範圍破産宣告ノ當時ニ現存スル債務者ノ財産ニ限ルヤ否ヤ如何ナル程度ニ於テ破産債權トシテ主張スルコトヲ得ルヤ否ヤ債權者ハ其各連帶債務者ノ破産ニ於テ債權全額ニ付キ又期限附若クハ條件附債權者ハ金錢債權ニ換フルコトヲ得ヘキ限度ニ於テ破産手續ニ參加スルコトヲ得ルヤ否ヤ別除請求權ノ有無種類及ヒ其範圍及ヒ破産手續ノ終局方法等ハ何レモ破産裁判所所在地ノ法律ニ依リテ定マリ破産手續ニ於テ主張シタル權利ノ性質私法上ノ權利即チ物權債權其範圍其效力ノ有無其取得ノ方法意思表示ノミヲ以テ取得スルヤ引渡ヲ要スルヤ其消滅其他質權抵當權ノ如キ優先權ノ效力順位等ハ何

レモ渉外の私法ノ原則ニ依リテ之ヲ定ム但内國ニ於テ外國カ認メタル特種ノ優先權ノ主張ヲ許サス又ハ特定ノ制限ノ下ニ於テ主張ヲ許ストノ規定ヲ設クルコトヲ妨ケス斯ル場合ニ於テハ該規定タルヤ民法の規定ナレトモ禁止法トシテ之ニ反スル優先權ヲ排斥スルニ至ルヤ當然ナリ

第三章 時ニ關スル效果法規ノ經過ニ關スル問題

新法ヲ以テ舊法ヲ改正スルニ際シテハ多ク附則若クハ施行法ヲ以テ法規ノ經過問題ヲ定ムル法則ヲ設クルヲ通常トス故ニ法規ノ經過問題ニ關スル詳細ノ規定アルニ於テハ該問題ヲ解スルニ足ルヘキ法則ヲ説明スルハ實際上必要ヲ見ス然レトモ該規定ヲ缺クカ又ハ該規定カ不十分ナル場合ニ於テハ法規ノ經過問題ヲ定ムルニ足ルヘキ法則ヲ知ラサルヘカラス

破産關係ハ一ノ訴訟の關係ナリ故ニ法規ノ變更ニ際シテハ民事訴訟法ニ於ケルト同シク未完結ノ確定事件ニ付キ新法ヲ適用シテ完結スルヲ當然ノ法則トス其理由ハ新法ハ舊法ニ優ルト云フニ非ス又手續法ヲ改正スルモ當事者ノ既

得權ヲ害セスト云フニ非ス裁判所ハ廢止セラレタル舊法ニ依リ裁判權ヲ行フコト能ハサルニ在リ隨テ舊法ニ從フ法律關係ノ設定行爲ハ新法以後存續スルモ舊法ニ從フ法律關係ニ於テ取得シタル權利ハ新法カ是認シタル限度ニ於テ存續シ又舊法時代ニ成立シタル狀態ハ新法カ是認シタル限度ニ於テ存續シ新法ニ基ク狀態ト結合シテ其效力ヲ奏スルモノナリ

附言

第一章 破産罰則

破産ニ關スル罰則ハ其性質上刑法中ニ規定スルヲ理論ニ適シタル編纂トス故ニ佛蘭西ニ於テハ刑法第四百二條以下ニ於テ埃太利ニ於テハ刑法第百九十九條乃至第二百四條第四百八十六條ニ於テ獨逸ニ於テハ刑法第二百八十一條乃至第二百八十三條ニ於テ破産罰則ヲ規定シタリ我國ニ於テ亦然リ刑法第三八八條第三八九條(ボアソナード氏日本刑法理由書參考)然レトモ刑法ノ破産罰則ハ不完全又ハ不十分ノ所アリタルヨリシテ佛蘭西ニ於テハ商法ノ破産法規

中ニ破産罰則ヲ設ケ以テ破産罰則ヲ補充シ獨逸ニ於テハ破産法中ニ於テ破産罰則ヲ掲ケ以テ刑法ノ破産罰則ヲ廢止シタリ我商法亦然リ隨テ刑法第三百八十八條及ヒ第三百九十八條ハ有罪破産ニ適用ナキコトト爲レリ斯ル沿革ヨリシテ破産法規中ニ破産罰則ヲ設ケルノ立法例ヲ生シタリ(伊太利商法第八五六條乃至第八六一條白耳義商法第五七三條乃至第五七八條)破産罰則ヲ破産法規中ニ規定スルハ理論的編纂ニ反スト雖モ便宜的編纂タル價值ヲ失ハス蓋シ破産罰則ハ破産法規ニ密接ノ關係アルヲ以テ破産罰則ヲ刑法中ニ規定スルトキハ他日破産法ヲ改正スルニ方リ常ニ刑法ヲモ改正セサルヲ得サルノ不便ヲ感スルヲ以テナリ故ニ近世ノ立法ハ多ク破産罰則ヲ破産法規中ニ規定スル方向ニ傾ケリト思ハル

破産罰則ノ適用ヲ受クル所爲ニ二アリ破産者ノ所爲及ヒ破産者ニ非ナル者ノ所爲是ナリ

(一) 破産者ノ所爲即チ有罪破産 學理上ノ見解トシテハ有罪破産トハ債務者カ其財産ヲ故意又ハ過失ニ因リテ減少シ又ハ隱匿スルニ因リテ成立スル債權

者ノ債權ヲ侵害スルノ所爲ナリト謂フヘシ故ニ有罪破産ノ目的ハ債權ノ侵害即チ財産ノ侵害ニシテ彼ノ信用ヲ害スルノ所爲或ハ社會ニ對スル犯罪ナリトノ見解ハ探ルニ足ラサルナリ(刑法第二編第二章財産ニ對スル罪第四節竊分)ニ關スル罪ノ編纂上ノ地位引用法文上ノ見解トシテハ有罪破産トハ破産宣告ヲ受ケタル破産者カ支拂停止又ハ破産宣告ノ前後ヲ問ハス法律上特定セル行爲ヲ爲スニ因リ成立スル犯罪ナリト謂フヘシ第一〇五〇條第一項第一〇五一條第一項此二者ノ見解ハ互ニ矛盾スルモノニ非ス法律ハ債權侵害ナル學理的要素ヲ表示スルニ代ヘ債務者カ破産宣告ヲ受ケ且支拂停止ノ前後又ハ破産宣告ノ前後ニ於テ法定ノ行爲ヲ爲シタルコトヲ以テシ法定セル特別ノ行爲ノ存スル限ハ債權ノ侵害アルモノト看做シ以テ各場合ニ債權侵害ノ要素ノ存否ヲ判斷スルノ煩累ヲ避ケタリ又故意又ハ過失ニ因ル財産ノ減少又ハ財産ノ隱匿ナル學理的要素ヲ表示スルニ代ヘ通常財産の状態ニ損失又ハ危害ヲ來スヘキ行爲ヲ制限○のニ列記シタリ制限の列記ナルカ故ニ法定ノ行爲中ニ屬セサルモノハ假令損失又ハ危害ヲ來スノ實蹟アルモノト雖モ有罪破産トシテ罰セラ

ル(キモノト爲ラス)有罪破産ノ意義左ニ有罪破産ノ要件種類及ヒ刑罰ヲ略述スヘシ(破産宣告ノ要件)有罪破産ノ要件(一)要件以上論述シタル有罪破産ノ意義ヨリシテ有罪破産ナル所爲ノ成立スルニハ左ノ二要件ヲ具備スルコトヲ要スルコトト爲ル(二)要件第一債務者カ破産宣告ヲ受ケタルコトニ債務者ヲ有罪破産者トシテ罰スルニハ債務者カ破産宣告ヲ受ケタルコトヲ必要ト爲スヤ否ヤニ關シテハ佛蘭西ニ於テ論争ニ派ニ分ル多數ノ學者殊ニローレン氏ノ如キ千八百八十年十二月二十三日ノ判例ノ如キハ消極的ニ論決セリ少數ノ學者殊ニリオンカン氏ノ如キハ積極的ニ論決セリ消極論旨ハ民事裁判權及ヒ刑事裁判權ハ互ニ獨立ス隨テ特別ノ明文ナキ以上ハ公訴ノ執行カ民事の裁判ノ存在ヲ前提ト爲スノ理由ナシ又刑事裁判所ニ於テ有罪破産ノ裁判ヲ爲スニ方リ破産裁判所ノ破産宣告アルカ爲メニ破産宣告ノ要件ノ有無ノ調査ヲ爲スコトヲ免ルルモノニ非ス破産宣告ノ有無ニ拘ハラス破産宣告ノ要件ノ有無ヲ調査スヘキモノナリト云フニ在リ積極論旨ハ破産ニ關スル裁判ハ抵觸ヲ來ス恐失體アルヲ以テ刑事裁判

所ハ有罪破産ノ裁判ヲ爲スニ當リ豫斷問題トシテ破産裁判所ノ破産宣告ヲ前
提トシ又之ヲ無視スルヲ得スト云フニ在リ我商法第百五十條及ヒ第千五十
一條第一項ハ破産宣告ヲ受ケタル債務者ト明言シ以テ斯ル論争ヲ豫防シタリ故
ニ地方裁判所ノ民事部カ破産裁判所トシテ破産宣告ヲ爲シタル後ニ非スニハ
有罪破産ニ關スル裁判ヲ爲スコト能ハサルモノト知ルヘシ(裁判所構成法第二
八條第一九條)
第二 債務者カ支拂ノ停止又ハ破産宣告ノ前後ニ於テ法定ノ行爲ヲ爲シタル
コト 債務者カ同一ノ破産事件ニ付キ商業帳簿ノ毀滅及ヒ財産ノ藏匿ト云フ
カ如キ二箇ノ行爲ヲ爲スモ爲メニ數罪俱發ト爲ラス詐欺破産ニ關スル行爲ト
過怠破産ニ關スル行爲ト爲シタル場合亦然リ此後者ノ場合ニ於テハ詐欺破
産トシテ責任アルノミ何トナレハ斯ル數箇ノ行爲アルカ爲メニ數箇ノ犯罪即
チ有罪破産ト謂フコト能ハサレハナリ有罪破産ノ要素タル法定行爲ハ支拂停
止又ハ破産宣告ノ前後ニ發生スルカ故ニ法定行爲カ支拂停止ノ前後又ハ破産
宣告前ニ發生シタルトキハ有罪破産ハ破産宣告ト同時ニ成立シ法定行爲カ破

産宣告後ニ發生シタルトキハ同時ニ有罪破産ノ成立スルモノト知ルヘシ
(B) 種類 我商法ハ佛蘭西商法第五百八十五條第五百八十六條第五百九十一
條獨逸破産法第二百三十九條第二百四十條等同シク債務者ノ行爲ノ種類ニ
因リ過怠破産ト詐欺破産トヲ設ケタリ(第一〇五〇條第一〇五一條)左ニ之ヲ分
説スヘシ
(a) 過怠破産 破産宣告ヲ受ケタル債務者カ支拂停止又ハ破産宣告ノ前後ニ
於テ左記ノ行爲ヲ爲シタルトキハ過怠破産者トシテ罰セラル(第一〇五一條)
(1) 一身又ハ一家ノ過分ナル費用(一身又ハ一家ノ爲メニ避タルコトヲ得ル各
種ノ費用)同契財物ノ得喪ヲ偶然ノ事實ニ因レル勝敗ニ係ラシムル行爲刑法第
二六一條(空取引相場ノ高低ノミニ因リ爲ス差額取引)又ハ不相應ノ射利ニ因リ
テ過分ニ財産ヲ減少シ若クハ過分ノ債務ヲ負ヒタルトキ
(2) 支拂停止ヲ延ハサシカ爲メ損失ヲ生スル取引即チ一時支拂資料ヲ得ルモ
他日財産ニ減少ヲ來ス取引ヲ爲シテ支拂資料ヲ調ヘタルトキ(例ハ高利ノ金
圓ヲ借受ケ或ハ賣却ノ目的ヲ以テ通常市價以上ニ物件ヲ買取リタルカ如キ是

ナリ損失ヲ生スル取引ヲ爲シタル要スル故ニ債務者其所有物件ヲ通常市價以下ニ賣却シタルモ損敗ヲ避ケンカ爲メニ爲シタル取引ハ之ニ屬セシ何トナレハ這ハ損失ヲ生スル取引ニ非シテ却テ損失ヲ避タル取引ナリナリ支拂停止又延ハチンカ爲メニ爲シタルモノナル否キモ事實問題ナレハ判事ノ判斷スル所ナリ

(3) 支拂停止ヲ爲シタル後支拂又ハ擔保ヲ爲シテ或債權者ニ利ヲ與ヘ財團ニ損害ヲ加ヘタルトキ此場合ニ於テ注意スヘキコトハ第一ニ支拂ヲ爲シ又ハ擔保ヲ供シタル行爲カ支拂停止後ニ存シタルコトヲ要ス故ニ商法第五十一條「支拂停止……前後ヲ問ハス……」ノ例外ト知ルベシ斯ル行爲カ商法第九百九十條及ヒ第九百九十一條ニ基キ有效ナルヤ否ヤハ過怠破産ノ成立要件ニアラス故ニ債務者ノ支拂停止後爲シタル支拂カ相手方ノ善意ナルカ爲メニ有效ナルトキト雖モ(第九百九十一條過怠破産ノ成立スルコトアルヘテ債務者カ從來負擔シタル債務ノ爲メニ新ニ擔保ヲ供シタルモ支拂停止前ナリ於テハ過怠破産ノ成立スルコトナシ第二ニ財團ニ損害ヲ加ヘタルヲ要ス債務者カ破産債權者

團體ニ損害ヲ加フル意思ノ有無ハ法律上問フ所ニ非サルナリ債務者ノ支拂又ハ擔保提供ノ爲メニ財團ニ損害ヲ生スルヲ以テ足レトス是ヲ以テ(1)債務者カ支拂停止後物の擔保債權者ニ債務ヲ支拂ヒ爲メニ擔保ノ目的物ヲ濫除セラレタルトキハ財團ヲ害スルノ事實ナキヲ以テ過怠破産ト爲ラス(2)債務者カ支拂ヲ爲シ又ハ擔保ヲ供シテ利ヲ與ヘタル債權者ハ必スシモ破産債權者タルヲ要セス財團ニ損害ヲ加ヘタル以上ハ破産債權者ニアラサル債權者ニ支拂ヲ爲スモ過怠破産ノ成立スルニ足ル(第一〇五一條第三號)或ル債權者……獨逸破産法第二一條

(4) 商業帳簿ヲ秩序ナク記載シ隠匿シ毀滅シ又ハ全ク記載セザルトキ債務者カ商人ナルトキハ商業帳簿ヲ備ヘ且明瞭ニ法定事項ヲ記載スルノ義務アリ(商法第二五條破産シタル債務者カ此義務ニ違背シ商業帳簿ヲ備ヘザルトキハ勿論商業帳簿ニ法定事項ヲ全ク記載セザルカ秩序ナク記載シ即チ第三者カ商業帳簿ニ付キ債務者ノ貸借關係ヲ知ルコト不能ナル程度ノ記載ヲ爲シタルカ藏匿即チ發見ヲ妨クル行爲ヲ爲シタルカ又ハ商業帳簿ノ全部又ハ一分ヲ毀損若

ハ減失シタルトキハ過怠破産者ト爲ル
(5) 破産者カ財産目錄貸借對照表ノ作成若クハ支拂停止届出ノ義務ヲ怠リタルトキ又ハ裁判所ノ許可ヲ得スシテ其住所離レタルトキ商法施行法第一四二條商法第二六條第九七九條第一〇〇三條
(h) 詐欺破産 破産宣告ヲ受ケタル債務者カ支拂停止又ハ破産宣告ノ前後ニ於テ債務者ヲ害スルノ目的ヲ以テ左ノ行爲ヲ爲シタルトキハ詐欺破産者トシテ罰セラル(第一〇五〇條)

詐欺破産ノ成立スルニハ内部ノ要素トシテ債務者ニ其債權者ヲ害スルノ意思アルヲ要ス是レ過怠破産ト著シク異ナル一點ニシテ過怠破産法第二百三十九條ノ明言スル所ニシテ又我商法草案理由書ニ依リ明瞭アリ我商法第五十條ニ於テ債權者ニ損害ヲ被ラシムル意思ヲ以テノ明文ヲ貸方財産ノ全部若クハ一分ヲ藏匿シ若クハ脱漏シノ行爲ノミニ關係セシメタルハ狭キニ失スルコトト信ス
(1) 履行スルノ意ナキ義務又ハ履行スル能ハサルコトヲ知リタル義務ヲ負擔

シタルトキ
(2) 貸方財産ノ全部又ハ一分ヲ藏匿シ轉匿シ若クハ脱漏シタルトキ貸方財産トハ動産不動産及ヒ債權ヲ指示シ藏匿廣義ノ藏匿ハ轉匿ヲモ包含ス第五十一條第四號所謂藏匿ノ如キ即チ是ナリトハ財産ノ所在ヲ變更セシメテ發見ヲ妨害スルノ行爲ヲ指示シ轉匿トハ財産ノ所在ヲ變更シテ發見ヲ妨害スルノ行爲ヲ指示シ脱漏トハ虛偽ノ讓渡ヲ爲シ或ハ虛偽債權ノ擔保物ト爲シ以テ債權者ノ處分權ヲ妨害スル行爲ヲ指示ス
(3) 借方現額ヲ過度ニ掲ケ即チ全部又ハ一分ノ消滅アリタル債務ヲ明示シ或ハ認諾シタルトキ
(4) 商業帳簿ヲ毀損滅失シ藏匿轉匿ヲ包含スシ又ハ財産ノ狀態ヲ知ルコト能ハサル程度ニ於テ之ヲ偽造變造シタルトキ偽造變造ノ意義ハ刑法ニ於テ研究スヘシ事實ノ真正ヲ害スル新ナル帳簿作成ハ偽造ニシテ事實ノ真正ヲ害シ既存ノ帳簿ヲ増減變換スルハ變造ナリト謂フヲ得ヘシ
(C) 刑罰 有罪破産ニ對スル刑罰ハ明治二十三年十月法律第百一號ニ於テ規

定セラレタリ即チ詐欺破産者ハ輕懲役ニ過怠破産者ハ二月以上四年以下ノ重懲罰ニ處セラル

(二) 破産者ニ非ナル者ノ所爲 詐欺破産者ノ共犯者ハ刑法ノ原則ニ從ヒ處罰セラル(刑法第一〇四條乃至第一〇七條)過怠破産ニ共犯ナキコトハ其性質上明瞭ナルノミナラス商法第五十二條……又第五十條ノ罰則……有罪行為ヲ行フ際犯者ヲ助ケ……タル者ニモ之ヲ適用ス(明文ノ反對推理ニ依リ一點ノ疑ナキコトト信ス)……破産者ニ非ス又破産者ノ共犯者ニ非スシテ破産ニ關シ法律上特定ノ行為ヲ爲シタル者即チ(1)會社ノ業務擔當ノ任アル社員若クハ取締役及ヒ清算人(2)破産管財人(3)第三者(4)債權者ハ特別ノ犯罪者トシテ罰セラル左ニ之ヲ分説スヘシ(1) 會社ノ業務擔當ノ任アル社員若クハ取締役及ヒ清算人 此等ノ者ハ會社ノ法定代理人タルニ過キス故ニ會社ヲ破産シタルカ爲メ破産者トシテ責ヲ任スルモノニ非ス然レトモ此等ノ者ハ自然人タル破産者カ爲スモノト同一行為ヲ事實上爲シ得ルモノナルカ故ニ法律ハ此等ノ者カ商法第五十條及ヒ

第五十一條ニ規定セラル行為ヲ爲シタルトキハ有罪破産ノ刑ニ處シテ第一〇二五條獨逸破産法第二四四條)……

(2) 破産管財人 破産管財人ハ官廳アルカ故ニ財團ニ屬スル物件ヲ竊取シタルトキハ刑法第二百八十九條ノ間フ所ト爲ル(公吏ト論決スルモ明治二十二年法律第百號ニ依リ刑法第二百八十九條ノ間フ所ト爲ル)管財人カ債權者ヲ害スルノ意思ヲ以テ商法第五十條ニ規定セラル行為ヲ爲シタルトキハ刑法上之ヲ罰スヘキ規定ナシ(斯ル場合ニ之ヲ罰スルヲ立法上正當トス是ヲ以テ我商法第五十二條ハ之ヲ罰スル旨ヲ規定シ以テ破産管財人ヲシテ背信ノ所爲ヲ行フコトナカラシム(佛蘭西商法第五九七條獨逸刑法第二六六條)……(3) 第三者 破産者ノ利益ハ爲メニ有罪行為ヲ行爲スル意義大ニ曖昧ナリ然レトモ商法第五十條ノ罰則ヲ適用スル法意ヨリ推究セハ同條ニ規定セラル行為ヲ指示スルモノト謂フヲ得ヘシ立法上ノ見解トシテ獨逸佛蘭西ノ規定ニ於ケルカ如ク行為ノ種類ヲ明記スルヲ正當ト認ム(殊ニ財産ノ藏匿脱漏ヲ爲シ或ハ虚偽ノ債權ヲ届出ス又ハ第三者ヲシテ届出借方現額ヲ過度ニ掲クニ該當シ)

ナシタル者ハ詐欺破産ノ刑ニ處セラル(第一〇五二條)獨逸破産法第二四二條、佛蘭西商法第五九三條破産者ノ利益ノ爲メニ非シテ自己ノ利益ノ爲メニ財產ヲ藏匿シタルトキハ竊盜罪ト爲ル然レトモ自己又ハ第三者ノ利益ノ爲メニ虛偽ノ債權ヲ届出テタルトキハ如何ナル犯罪ヲ構成スルカ獨逸破産法及ヒ佛蘭西商法ニ於テハ明文ヲ以テ處罰スヘキ旨ヲ規定セリ我國ニ於テハ別ニ明文ナシ然レトモ刑法上詐欺取財罪トシテ罰スルコトヲ得ヘキモノト信ス(刑法第三九〇條)一、破産債權者カ破産者若クハ第三者ト賄賂即チ特別ノ利益ヲ受ケ以テ債權者集會ニ際シ特定ノ方針ニ從ヒ投票ヲ爲ス旨ヲ約シタルトキハ當事者雙方ヲ二年以下ノ重禁錮ニ處シ又ハ千圓以下ノ罰金ニ處ス(第一〇五三條)獨逸破産法第二一三條、佛蘭西商法第五九七條投票買収罪ナルモノ是ナリ法律上之ヲ罰スル理由ハ斯ル行爲ハ破産債權者全體ノ利益ヲ害スルヲ以テナリ此種ノ犯罪ハ當事者間ニ於テ約束ヲ爲シタルトキ債權者カ賄賂ノ目的物ヲ收受シタルコトヲ必要トセス何トナレハ當事者間ニ於テ投票終局後賄賂ノ目的物ヲ

授受スルコトアルヲ以テ投票買収ノ約束ノミニ因リ立法者ノ豫防セントスル危害ノ發生シタルモノト謂フヘケレハナリ故ニ佛蘭西商法ハ約束ノミヲ以テ足レリトセリニ於テ成立シ破産債權者カ實際約定ノ如ク債權者集會ニ於テ投票シタルト否トニ拘ハラサルモノタリ是レ商法第五十三條ニ於テ「債權者ニ賄賂ヲ爲シタルトキハ」明言スルニ止メタル所以ナリ又「支拂猶豫ナル者」有罪破産事件ハ地方裁判所刑事部カ刑事訴訟法ニ從ヒ審判シ破産裁斷ヲ判所ノ管轄スヘキモノニ非サルナリ何トナレハ有罪破産事件ハ刑事ニシテ民事ノ性質ヲ有スル破産事件ニ非サレハナリ

第二章 支拂猶豫

羅馬ノ「デユスチニヤン」帝時代ノ法律ニ於テハ債權者ノ多數カ債權者ノ少數ノ意思ニ反シテ債務者ノ利益ノ爲メニ債務ノ支拂猶豫ヲ與ラルコトヲ得ル所謂強制的支拂猶豫ナル制度ヲ認メタリ Moratorium ナルモノ即チ是ナリ債權ノ多數ハ債權ノ多額ニ因リ之ヲ定メ債權ノ償額同等ナルトキハ債權者ノ多數ニ因リ

之ヲ定ム猶豫ノ期間ハ五箇年ヲ超過スルコトヲ得ヌ又支拂猶豫ハ權利ノ漏弊即チ免除ニテラズシテ單ニ一時債權ヲ主張ヲ爲サザルノ間ニ外ナラザレハ支拂猶豫ヲ得タル債務者ハ特定期間債權者ヨリ訴求セラレバロトナキノ效果ヲ生ヌ現今白伊西蘭露等ノ諸國ハ皆支拂猶豫ヲ認メタリ其立法上ノ目的ハ自己ノ過失ニアラスシテ債務ノ支拂ヲ一時停止シタル商人ノ不幸ヲ救済シ且其信用ヲ維持セシメ即チ破産宣告ヲ避クルヲ得セシメ兼テ債權者ヲシテ破産手續上免ルヘカラサル費用時間努力等ヲ節約スルヲ得セシムルニ外ナラス瑞西破産法ニ於テ認メタル破産前協議契約ナルモノハ支拂猶豫ト名ヲ異ニシテ實ヲ同シクスルモノナリ佛蘭西商法ニ於テハ破産宣告前ノ和解及ヒ破産宣告後ノ和解ナル制度ヲ認メ支拂猶豫ヲ認メナリキ獨逸ニ於テハ舊テ支拂猶豫ナル制度ヲ認メタルモ這ハ債權者ニ自己固有ノ債務ノ支拂ニ充フルヲ得ヘキ債權者支拂ヲ長時間猶豫スルノ不利益ヲ被ラシメ且惡意ノ債務者ニ不當ノ利益ヲ得セシムルノ具タルニ止マリ全然信用ヲ害スルモノトシテ之ヲ廢止シタリ獨逸破産法舊施行法第四條獨逸民事訴訟法舊施行法第四條

我商法ハ白伊諸國ノ立法例ト同シテ支拂猶豫ナル制度ヲ認メタリ(第五九條商法施行法第一四五條其立法上ノ目的ハ前述ノ如ク不幸ナル債務者及ヒ債權者ノ利益ノ爲メニ破産宣告ヲ避クルコトヲ得セシムルニ在リ斯ル制度ヲ立法上ノ當否ハ我國ノ取引上ノ情況ニ因リ判斷スヘキモノナレハ茲ニ机上ノ立法論ヲ省略スヘシ)

(一) 意義 支拂猶豫トハ商行爲ニ因リテ生シタル債務ニ付キ自己ニ過失ナクシテ支拂ヲ中止セサルコトヲ得サルニ至リタル商人タル債務者ト債權者全體トノ間ニ成立シ一箇年以内支拂ヲ猶豫ヲ爲シ且裁判所ノ認可ヲ得タル契約ナリ(第一〇五九條商法施行法第一四五條(一)支拂猶豫ノ契約タルコトハ商法第六十三條……猶豫契約……ノ明文ニ徴シ)點ノ疑ナシ而シテ支拂猶豫ノ成立ニハ協議契約ト同シテ警察上ノ目的ノ爲メニスル裁判所ノ干渉ヲ必要ト爲ス此裁判所ハ債務者ノ營業所若クハ住所ヲ管轄スル裁判所即チ破産裁判所タルヘキ裁判所タリ蓋シ此種ノ裁判所ハ事情ヲ最モ適當ニ認知スルノ便宜ヲ有スレハナリ(商法施行條例第五一條(四)支拂猶豫ハ破産手續開始ヲ避クル契約ナル

カ故ニ商行爲ニ基ク債務ニ付キ支拂ヲ中止即チ一時停止セサルコトヲ得サルニ至リタル商人ナル債務者即チ破産者タルヘキ債務者及ヒ破産債權者タルヘキ債權者全體カ當事者ト爲ル隨テ商法第五十九條ノ商事上ノ債權者タル用語ハ狹隘ニ失スト謂ハサルヲ得ス蓋シ商事上ノ債權者ニ非スト雖モ破産債權者タルヘキ債權者ハ破産宣告ノ申立ヲ爲シ得ヘキヲ以テ支拂猶豫カ商事上ノ債權者ノミニ對シテ成立スルモ其目的ヲ達スルコトヲ得ナレハナリ是ヲ以テ新商法施行法第一百四十五條ハ其債權者ト云ヘリ(3)支拂猶豫ハ不幸ナル債務者ノ爲メニ設ケタル制度ナリ故ニ自己ノ過失ナクシテ支拂ヲ中止セサルコトヲ得サルニ至リタル債務者タルヲ要シ(第一〇五九條)又債權者ハ共同利益ノ爲メニ多數決ニ服從スヘキ義務ヲ負フ故ニ債權者全體ハ多數決ニ因リ其意思ヲ表示シ支拂猶豫ノ相手方ト爲ル(第二〇五九條)又債權者ハ共同利益ノ爲メニ多數決ニ服從スヘキ義務ヲ負フ故ニ債權者全體ハ多數決ニ因リ其意思ヲ表示シ支拂猶豫ハ一箇年ノ期間ヲ超過スルコトヲ得ス蓋シ期間ナクレハ支拂猶豫ノ目的ヲ達セサル場合ニ債權者ニ多大ノ損害ヲ被ラシムルニ至ルヲ以テナリ

(二) 成立 支拂猶豫ハ一ノ契約ナリ故ニ其成立ニ關シテハ債務者ノ申込ト債

權者ノ承諾トヲ必要トス又支拂猶豫ハ法定要件ヲ具備シタル場合ニ非スシハ之ヲ認メサルモノナルヲ以テ其成立ニ關シテハ裁判所ノ認可ヲ必要トス左ニ之ヲ論スヘシ

(A) 申込 債務者ハ支拂猶豫申込ヲ準備手續トシテ管轄裁判所ニ支拂猶豫ノ申立ヲ爲シ且支拂猶豫ノ申込ヲ爲スノ要件ヲ備ヘ猶豫契約ヲ履行スルニ十分ナル實力アル旨ヲ明瞭ナラシムル爲メニ商法第六十條第一號乃至第三號ニ規定セル諸件ヲ申立ニ添附セサルヘカラス

管轄裁判所ハ前示申立ヲ適當ト認メタルトキハ一面ニ於テハ申立及ヒ添附書類ヲ裁判所書記課ニ備ヘ置キテ公衆ノ展覽ニ供シ且支拂猶豫ノ諾否ヲ定ムルカ爲メニスル債權者ノ集會期日ヲ定メテ之ト共ニ申立及ヒ添附書類ヲ備ヘ置キタル旨ヲ公告ス是レ商法第三十八條第二項後段ト同一法意ニ出ヅ他

面ニ於テハ申立書ニ添附セル債權者名簿ニ基キ集會ノ爲メニ債權者ヲ各別ニ招集ス是レ債務者ヲ保護シ支拂猶豫ニ關スル議決權行使ニ付キ遺憾ナカラシムルヲ期スルニ在リ又管轄裁判所ハ支拂猶豫ノ假許可ヲ與フルコトヲ得蓋シ

斯ル方法ナキトキハ一方ニ於テハ支拂猶豫ノ申立アルニ拘ハラス他ノ一方ニ於テ支拂停止ノ故ヲ以テ破産宣告ヲ爲ササルヲ得アルハ缺點アルヲ以テナリ
(第一〇六〇條債務者ハ債權者ノ集會期日ニ出席シテ支拂猶豫ノ申込ヲ爲シ第千六十一條……債務者ト……辯論ヲ爲ス)債權者ハ之ニ對シ多數決ヲ以テ諾否ノ意思ヲ表示ス

(B) 承諾 裁判所内ニ於テ開ク集會ノ期日ニ於テハ裁判所ヨリ任セラレタル主任判事受命判事ト其性質ヲ同シウス)カ議長ト爲リ集會ヲ整理シ(第一〇六一條……上席ヲ以テ……裁判所書記ヲシテ債務者ト債權者トノ辯論ノ大要及ヒ議決ニ付テノ調査ヲ作成セシム(民事訴訟法第一六二條準用)是レ債權者ノ資格ハ決議ノ結果其他集會ノ方式等ニ付キ議論ナカラシムルハ法意ニ出ツ出席シタル債權者ハ債務者ノ申込ニ對シ當否ヲ議ス而シテ其承諾ハ商法第三十六條ニ規定セル過半数ヲ得ルニ因リテ成ル詳細ハ前述セル債權者集會ノ説明ヲ參考スヘシ)……
(C) 認可 裁判所ハ主任判事ハ演述ヲ聽キ事情ヲ詳知シタル後決定ヲ形式ヲ

以テ承諾ヲ得タル支拂猶豫カ法定要件ニ適シタリト認メタルトキハ認可ヲ爲シ然ラザルトキハ認可ヲ爲サス前者ノ決定ニ對シテハ利害關係アル少數反對ノ債權者ヨリ後者ノ決定ニ對シテハ債務者又ハ賛成シタル債權者ヨリ即時抗告ヲ以テ不服ヲ申立ワルコトヲ得(第一〇六二條第一項商法施行條例第二四條第二五條)……

(三) 效力 (I) 支拂猶豫ハ債權者全體カ債務者ニ對シ一年以内ノ特定期間債務ノ履行ノ延期ヲ認メタルニ外オラザルヲ以テ債務者ハ猶豫期間中支拂猶豫契約成立以前ニ取結タル商取引ヨリ生シタル債權ノ爲メニ強制執行及ヒ破産宣告ヲ受タルコトナシ(第一〇六三條第一項前段猶豫期間ハ當事者ノ利益ノ爲メニ一回ニ限リ前示ノ法定手續ヲ履行シテ之ヲ延長スルコトヲ得但其期間ハ一箇年ヲ超スルコトヲ得ス何トカハ若シ然ラスンハ商法第五十九條ノ法定制限ノ無視スヘキコトナリ(第一〇六二條第二項(イ)支拂猶豫ノ履行及ヒ其履行ニ因果ノ關係アル業務ヲ施行ニ關シテハ主任判事ノ監督ヲ受テ其法意ハ商法第四十三條第三項ニ同シナリ(第一〇六三條第一項前段)故ニ茲ニ贊ヒス(イ)支

拂猶豫ハ不幸ナル債務者其者ノ爲メニ成立シタル破産的契約ナルヲ以テ共同義務者ノ義務ニ變更ヲ生ズルニト協賛契約ト同シ第一〇六三條第二項第一〇三〇條詳細ハ協賛契約ノ效力ニ於テ述ベタル説明ヲ參考スルニシテ其後(四)支拂猶豫ノ無効失効及ヒ破産手續ノ開始ニ(1)支拂猶豫ハ二ノ契約ニシテ且裁判所ノ認可ヲ要件ト爲スヲ以テ債權者ノ承諾ヲ得ス若クハ裁判所ノ認可ヲ得サルトキハ無効タリ(2)支拂猶豫ハ成立ニ關シ債務者カ詐欺其他不正行爲ヲ爲シタルカ第一〇四一條第三號第一〇四二條第二項説明參考若クハ法律上ノ條件法律上ノ條件トハ如何ナル事項ヲ示スモノナルヤ解釋上疑問ニ屬ス予輩ハ第一千五百九條ニ規定セル實體的條件ヲ指示スルモノト信ス何トナレハ第一千六十條以下ノ形式的條件ヲモ指示スルモノトセハ支拂猶豫ヲ大ニ不確實ナラシムルニ至レハナリヲ缺ク所アルカ爲メニ(第一〇五九條裁判所カ利害關係人ノ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ立法上ノ目的ニ伴ハサル支拂猶豫ヲ廢止シタルトキハ其猶豫ハ效力ヲ失フ(3)債務者ノ不履行ヲ爲シテ支拂猶豫ヲ解除シタルトキ(第一千六十四條ハ解除手續ヲ省略シ債務者ノ不履行ヲ以テ當然解除ト爲

ナリ)ハ其猶豫契約ハ效力ヲ失フ(4)債務者ニ對シ債權ヲ取消シタル債權者即チ(他ノ債權者カ債務者ノ財産ニ對シ支拂猶豫期間中強制執行ヲ爲スニ至リタルトハ其猶豫契約ハ效力ヲ失フ蓋シ尙ホ效力アルモノトセハ強制執行後財産ノ減損ヲ來シ支拂猶豫契約ノ履行不能ト爲リ之カ契約ノ當事者タル債權者ヲ害スルヲ以テナリ第一〇六四條支拂猶豫契約カ或ハ無効タリ或ハ效力ヲ失ヒタルトキハ裁判所ハ申立ニ因リ破産手續ヲ開始セザルヘカラス何トナレハ債務者ニ對シテハ破産宣告ノ要件存スレハナリ(第一〇五九條第九七八條商法施行法第一三八條此場合ニ於テハ支拂猶豫申立ノ日附ヲ以テ支拂停止ノ日ト定メ以テ支拂停止ノ日時ニ關スル紛爭ヲ防止ス猶豫期間中有効ニ債權ヲ取得シタル者ハ破産債權者トシテ配當ニ加入スルコトヲ得ルヤ言フ俟タズ第一〇六四條ニ以テ猶豫ノ宣告ハ附言ニ從フニ依リテ爲ス

又(補遺)九二頁十一行ニ左ノ四行ヲ加フ
 債務者ハ其猶豫契約ノ效力ヲ失フ(4)債務者ニ對シ債權ヲ取消シタル債權者即チ(他ノ債權者カ債務者ノ財産ニ對シ支拂猶豫期間中強制執行ヲ爲スニ至リタルトハ其猶豫契約ハ效力ヲ失フ蓋シ尙ホ效力アルモノトセハ強制執行後財産ノ減損ヲ來シ支拂猶豫契約ノ履行不能ト爲リ之カ契約ノ當事者タル債權者ヲ害スルヲ以テナリ第一〇六四條支拂猶豫契約カ或ハ無効タリ或ハ效力ヲ失ヒタルトキハ裁判所ハ申立ニ因リ破産手續ヲ開始セザルヘカラス何トナレハ債務者ニ對シテハ破産宣告ノ要件存スレハナリ(第一〇五九條第九七八條商法施行法第一三八條此場合ニ於テハ支拂猶豫申立ノ日附ヲ以テ支拂停止ノ日ト定メ以テ支拂停止ノ日時ニ關スル紛爭ヲ防止ス猶豫期間中有効ニ債權ヲ取得シタル者ハ破産債權者トシテ配當ニ加入スルコトヲ得ルヤ言フ俟タズ第一〇六四條ニ以テ猶豫ノ宣告ハ附言ニ從フニ依リテ爲ス

新 著 書

經濟士 岩岡 義五 編著

法律學科 債權法

(三十五年刊行)

破產法目次

緒言

第一編 總論

第一章 破產ノ沿革及ヒ法源 一六

第二章 破產ノ性質及ヒ破產法ノ性質 一八

第三章 破產法ト他ノ諸法律トノ關係 二九

第二編 實體的破產法規 三四

第一章 破產債權 三四

第二章 破產財團 八二

第三章 破產宣告ノ效力 二一七

第一節 將來ニ關スル破產宣告ノ效力 二一九

第二節 既往ニ關スル破產宣告ノ效力 三〇二

第三節 破產宣告ノ沙外の效力 三五九

破產法目次

第三編 形式的破産法規

第一章 破産機關

第一節 破産裁判所 三七五

第二節 破産主任官 三七六

第三節 破産管財人 三九〇

第四節 檢事 三九六

第五節 債權者集會 四三〇

第二章 破産當事者 四四一

第一節 破産債權者 四四八

第二節 破産債務者 四四八

第三章 破産手續ノ進行 四六四

第一節 破産ノ開始手續 四六四

第一款 破産宣告ノ要件 四七七

第二款 破産宣告ノ前手續 四七九

第三編 破産ノ宣告並ニ申立ノ却下及ヒ之ニ伴フ諸手續

第三款 破産ノ宣告並ニ申立ノ却下及ヒ之ニ伴フ諸手續 五一一

第二節 破産債權及ヒ破産財團ノ確定手續 五二五

第一款 破産債權ノ確定手續 五二五

第二款 破産財團ノ管理及ヒ換價 五八四

第三節 破産手續ノ終局 六二五

第一款 破産手續ノ停止 六二七

第二款 協議契約 六三七

第三款 配當 七〇八

第四編 破産法ノ效果

第一章 人ニ關スル效果當事者ノ國籍ニ關スル效果

人ニ關スル效果當事者ノ國籍ニ關スル效果 七二三

第二章 所ニ關スル效果法規ノ適用ニ關スル問題

所ニ關スル效果法規ノ適用ニ關スル問題 七二五

第三章

時ニ關スル效果(法規ノ經過ニ關スル)

第二章

問題

附言

第一章

破産罰則

第二章

支拂猶豫

破産法目次終

第一章

破産ノ宣告

(二) 證人ノ立會

執達吏ハ強制執行ノ際抵抗ヲ受ケタルキ又ハ債務者ノ住居

ニ於テ強制執行ヲ爲スノ際債務者又ハ成長シタル其家族若クハ雇人ニ出會ハ
タルトキハ成丁者二人又ハ市町村若クハ警察ノ吏員一人ヲ證人トシテ立會ハ
シムルノ義務アリ(第五三七條)獨逸民事訴訟法第六七九條「ツキルモースキー」
見解ニ依レハ同條ハ訓示の規定ニ非スト、獨逸民事訴訟法第七五九條(第一)抵抗
ヲ受ケタル場合又ハ(第二)債務者又ハ成長シタル其家族若クハ雇人ニ出會ハサ
ル場合ニ證人ノ立會ヲ要スル理由ハ第一ノ場合ニ於テハ執達吏ノ威力ヲ濫用
シ第二ノ場合ニ於テハ專横ニ流ルルノ虞アルヲ以テ職務執行ヲ監督スルニ在
リ抵抗及ヒ住居ノ意義ハ前ニ講述セリ成長シタルトハ成年ニ達シタルノ謂ニ
非スシテ肉體上ノ發達ニ因リ通常事理ヲ解シ得ルニ足ルト認ムル狀態ニ在ル
ノ謂ナリ家族ノ意義ハ民法ノ規定ニ依リ研究スヘシ民法第四編第二章但送遞
ノ場合ト異ニシテ同居ノ親族タルコトヲ要件ト爲ササルコトニ注意スヘシ第
一四五條雇人トハ小使車掌馬丁等ノ如キ繼續的性質アル雇傭上ノ勞務ニ服ス
ル者ニシテ彼ノ一時ノ日雇人ノ如キハ茲ニ所謂雇人ニ非ス但使用者ト同住ス

ルコトハ此雇人タルノ要件ニ非サルヘシ獨逸民事訴訟法第六百七十八條ニハ
「家ニ於テ雇使セラルル成年者ト明示ス故ニ必スシモ債務者ノ雇人タルヲ要
セサルナリ然レトモ我民事訴訟法第五百三十七條成長シタル其家族若クハ雇
人……ト明示スルカ故ニ文理解釋上債務者ノ雇人タルコト疑ヲ容レス立法上
ハ見解トシテハ狭キニ失スト謂フヘシ立會ノ場合證人ノ資格トシテハ法律上
成丁者二人又ハ市町村若クハ警察吏員一人ナルコトヲ要ス蓋シ未成年者ハ通
常事理ヲ解スルノ力ナキヲ以テ成丁者ニ限定シ又市町村若クハ警察吏員ハ抽
象的ニ通俗人ヨリモ容易ニ事理ヲ解スルノ力アルヲ以テ證人ノ資格アルモノ
ト規定シ同時ニ一人ニテ足レリト爲シタリ(二人以上ト爲ストキハ本職執行ノ
妨害ト爲ル虞アルカ故ナリト主張スル者アリ)而シテ證人ニハ立會フヘキ事件
ニ關シ利害關係ナク又執行地近傍ニ居住スル者ヲ選擇スヘキモノタルコトハ
立會證人ノ性質即チ後日證言の證人タルヘキ者ナルト(第二九九條費用節略及
ヒ迅速終了ヲ重スル法意)遠隔地居住ノ人ヲ選擇スルコトハ此法意ニ適キヌノ
適當ナル要求ナルヘシ(立會證人ノ資格證人ハ所謂立會證人即チ後日ノ證據ト

爲ルヘキ裁判外ノ證人ニシテ(第二九九條第一項第三號)係爭事實ヲ供述スル裁
判上ノ證人即チ證言の證人ニ非ス(第二八九條以下故ニ宣誓等ノコトナカルヘ
シ(證人ノ性質)……ト規定スルカ故ニ文理解釋上債務者ノ雇人タルコト疑ヲ容
レス立法上ハ見解トシテハ狭キニ失スト謂フヘシ立會ノ場合證人ノ資格トシテハ法律上
成丁者二人又ハ市町村若クハ警察吏員一人ナルコトヲ要ス蓋シ未成年者ハ通
常事理ヲ解スルノ力ナキヲ以テ成丁者ニ限定シ又市町村若クハ警察吏員ハ抽
象的ニ通俗人ヨリモ容易ニ事理ヲ解スルノ力アルヲ以テ證人ノ資格アルモノ
ト規定シ同時ニ一人ニテ足レリト爲シタリ(二人以上ト爲ストキハ本職執行ノ
妨害ト爲ル虞アルカ故ナリト主張スル者アリ)而シテ證人ニハ立會フヘキ事件
ニ關シ利害關係ナク又執行地近傍ニ居住スル者ヲ選擇スヘキモノタルコトハ
立會證人ノ性質即チ後日證言の證人タルヘキ者ナルト(第二九九條費用節略及
ヒ迅速終了ヲ重スル法意)遠隔地居住ノ人ヲ選擇スルコトハ此法意ニ適キヌノ
適當ナル要求ナルヘシ(立會證人ノ資格證人ハ所謂立會證人即チ後日ノ證據ト

(三) 執行ノ時期 執達吏ハ夜間及ヒ日曜日並ニ一般ノ祝祭日ニ執行行爲ヲ爲
スニ付キ執行裁判所ノ許可ヲ受クル義務アリ(第五三九條第一項)獨逸民事訴
訟法第六八一條第一項同新民事訴訟法第七六一條第一項蓋シ夜間及ヒ日曜日
並ニ一般ノ祝祭日ハ安息休養ノ時間ナルヲ以テ法律ハ安ニ執行行爲ヲ爲スコ
トヲ禁シタリ夜間ノ意義ニ關シ獨逸民事訴訟法第六百八十一條第三項ハ之ヲ
規定シタリト雖モ我民事訴訟法第五百三十九條ハ之ヲ規定セズ然レトモ民事
訴訟法第五百十條第二項ノ類推ニ依リテ夜間トハ日没ヨリ日出マテノ時間ヲ
謂フト解スルヲ正當ナリト思フ一般ノ祝祭日ノ意義ニ關シテモ亦我法文上之
ヲ規定セズ然レトモ法律上又ハ慣習上執行行爲ヲ爲ス地ニ於テ住民ノ多數カ
休業スル日ヲ指示スルモノト解スルヲ正當ト思フ執行行爲ニ非スシテ執行ニ
關スル命令ハ送達第五九八條第六〇九條ハ民事訴訟法第五百十條ノ規定ニ依

ルヤ言フ埃タス此義務ニ反シテ爲シタル執行行為ハ無効ナリ故ニ此行為ハ民事訴訟法第五百四十四條ノ規定ニ則リ利害關係者ヨリ攻撃セラルヘシ然レトモ債務者カ此義務ニ反スル執行行為ヲ爲スコトニ同意シタルトキハ此行為ハ無効ト爲ラス蓋シ此命令の規定ハ債務者ノ利益ヲ保護スルニ止マレハナリ(第一五〇條第五項引用)

執行裁判所ハ其自由ナル意見ニ依リ執行行為ノ許可ノ當否ヲ判定ス而シテ多クハ急速ヲ要スル事情ノ存スルニ非スハ許可スヘキモノニ非サルノ法意ナリヤ言フ待タス獨逸民事訴訟法第六百八十一條ハ執行行為ヲ爲スヘキ地ヲ管轄スル區裁判所判事ノ許可ヲ明言シ我民事訴訟法第五百三十九條ノ如ク執行裁判所ト言ハス執行裁判所ハ必スシモ區裁判所ニ非ナルコトハ前述ノ如シ故ニ執行地ノ事情ヲ熟知スルコト迅速ニ許可ノ當否ヲ判定スルノ利益アルトニ據リ立法上獨逸民事訴訟法ノ規定ノ如ク改ムルヲ可ナリト倡ス

許可ハ執行行為ヲ爲スノ方法ナルカ故ニ執達吏又ハ當事者カ之ヲ申立ツヘキモノトス此許可ニ關スル決定ニ對シテハ法律上不服申立ノ途ナシ何トナレハ

該決定ハ民事訴訟法第四百五十五條ノ前掲要件ヲ缺キ又民事訴訟法第五百五十八條ニ規定セル裁判ニ非サレハナリ許可ハ執達吏ヲ爲メニハ授權ニ過キス法律ハ執行吏カ強制執行ノ際夜間等ノ執行許可決定ヲ債務者ニ示スヲ以テ足レリトシ決定ノ謄本ヲ送達スルカ如キハ之ヲ必要トセス蓋シ不服申立ノ途ナキヲ以テ其必要ナケレハナリ而シテ執行許可決定ヲ債務者ニ示スヘキ規定ハ一ノ訓示の規定ニ止マルカ故ニ之ヲ遵守セザルトキハ債務者カ單ニ異議ノ申立ヲ爲シ得ルニ止マリ強制執行ヲ無効ト爲スモノニ非ス(第五三九條第二項可シ)獨逸民事訴訟法第六八一條第二項

(四) 調書ノ作成 執達吏ハ各執行ヲ爲スニ付キ調書ヲ作成セザルヘカラス第五四〇條第一項是レ蓋シ執行ノ情況ヲ知ルヲ得セシムルカ爲メナルヘシ調書ニ記載スヘキ執行行為ハ執達吏カ執行吏タル資格ニ於テ強制執行ノ爲メニ爲ス行為ノミヲ指示ス故ニ債務者ノ住所搜索ノ如キ準備行為及ヒ送達行為ニ外ナラサル執行ニ關スル命令ノ送達(第五九八條第六〇九條第六二五條)ハ執行行為ニ屬セス執行調書ハ執行ノ情況ヲ證明スルカ爲メニ調製スルモノナルヲ以

テ其調製ハ執行行為ヲ有效ナラシムル要件ニ非ス然レトモ執行調書ハ一〇公正證書ナルヲ以テ完全ニ調製セラレタルトキハ公正證書タルノ證據力ヲ有ス而シテ執行調書ニ不完全ノ處即チ法律上ノ規定ニ適セサル處アルトキハ實體的證據力ノ存否ノ問題ヲ惹起スヘキモノナルヤ當然ナリ執行調書ハ執行ノ際ニ調製スヘキモノナルコトハ民事訴訟法第五百四十條第二項第五號ノ明文ニ依リ瞭然タリ執行調書ニハ民事訴訟法第五百四十條第二項第一號以下ニ規定シタル事項ヲ記載セサルヘカラス場所及ヒ時(年月日ト云フハ非ナリ)ヲ記載スルハ差押等ニ關スル紛争ヲ避クルカ爲メナリ執行行為ノ目的物トハ唯リ差押物ノ如キ執行行為ノ直接ノ目的物ヲ指示スルノミナラス又執行ノ原因並ニ目的殊ニ請求權並ニ執行名義ノ表示ヲモ指示ス重要ナル事情トハ民事訴訟法第五百三十六條第五百三十七條ニ規定セルカ如キ事情其他差押物ノ存在セシ場所差押物ヲ執達吏自ラ占有シタルヤ否ヤノ事情ヲ指示スルヤ當然ナリ民事訴訟法第五百四十一條ニ規定セル催告其他ノ通知ヲモ亦包含スルモノト思ハル執行ニ與リタル人トハ唯リ債權者ヲ指示スルノミナラス立會證人ヲモ指示ス

(第五三七條)尙ホ調書作成ニ關シテハ執達吏手數料規則第二十三條、執達吏職務細則第十三條、第十四條等ヲ參考スヘシ執行調書ハ執達吏ノ記錄ノ一部分タルコトハ民事訴訟法第五百三十八條ニ依リ明白タリ

(五) 催告及ヒ通知ハ執達吏ハ執行行為ニ屬スル催告及ヒ通知ヲ爲シ且之ヲ調書ニ記載スル義務アリ催告トハ債權者ニ對シ特定ノ事項ヲ知ラシメ以テ特定ノ行為ヲ促ス行為ヲ謂フ例ヘハ執行ニ際シ任意ノ履行ヲ爲スヘキ旨ノ催告閉鎖セラレタル戸扉、錠、匣ヲ開クヘキ旨ノ催告其他民事訴訟法第六百九條、第六百二十四條、第六百二十七條、第六百五十四條、第六百六十三條ニ規定スル催告ノ如キ是ナリ通知トハ債權者ニ對シ特定ノ事項ヲ知ラシムル行為ヲ謂フ(第五六六條第三項、第五九一條、第五九八條第二項、第六〇〇條、第六〇二條、第六二〇條、第六四七條、第六五四條、第六五六條、第六八九條、第七一〇條)催告及ヒ通知ノ内容ハ之ヲ執行調書ニ完全ニ記載セサルヘカラス何トナレハ催告及ヒ通知ノ内容ハ調書ニ依リ證明シ得ヘケレハナリ執行行為ノ催告及ヒ通知ハ原則上口頭ヲ以テ之ヲ爲ス(迅速ヲ期シ費用ヲ節スルカ爲メ)然レトモ催告若クハ通知ヲ受クヘ

キ者ノ不在ナルヲ爲メ口頭の實行ヲ爲スコト能ハサルトキハ執達吏ハ第一ニ執行ノ場所ニ送達ヲ爲シ得ルニ於テハ民事訴訟法第三百三十九條第四百十條、第四百十五條乃至第四百十九條ノ規定ニ準據シテ調査ノ勝本ヲ送達スヘク(第四百四十一條、第四百四十二條、第四百四十三條ノ適用ナキコトニ注意スヘシ)第二ニ執行ノ場所ニ送達ヲ爲スコトヲ得サルモ内國ニ於ケル滞在地方明白ナル以上ハ郵便ニ付シテ調査ノ勝本ヲ送達スヘシ此場合ニ於テハ調査ノ勝本カ名宛人ニ送付セラレタルヤ否ヤハ吏員ノ報告書ヲ必要トセス何トナレハ此場合ニ於テハ郵便ニ付シタルコトヲ調査ニ記載スルヲ以テ足レリトスレハナリ(迅速ニ執行行爲ヲ爲スコトヲ得ルカ爲メナリ)(第五四一條)第三ニ當該ノ調査ノ勝本ハ執行行爲ニ屬スルト否トラ問ハス執行行爲ノ際債權者以外ノ者ニ對シテ爲スヘキ送達及ヒ通知ハ勿論債權者ニ對シテ爲ス送達及ヒ通知ハ債權者ノ所在明カナラサルトキ又ハ外國ニ在ルトキハ之ヲ必要トセス是レ執行ノ遅延ヲ來シ債權者ノ爲メ其受タヘキ損害ヲ防止スルニ在リ(第五四二條)第四ニ調査ノ勝本ハ(六)執達吏ノ記錄 執達吏ハ執行記錄ヲ備ヘ各利害關係人ノ求ニ因リ記錄ス

閱覽及ヒ其勝本ヲ付與スル義務アリ(第五三八條利害關係人トハ債權者及ヒ民事訴訟法第五百四十九條、第五百六十五條、第五百九十八條ニ規定セル第三者ノ如キ執行事件ニ付キ法律上利害關係ヲ有スル第三者ヲ謂フ此等ノ關係人ハ記錄ニ依リ執行行爲ノ當否ヲ調査シ以テ異議ノ申立ヲ爲スヲ得ヘシ)第五條(七)執行ノ結果 執達吏ハ債權者ノ任意ニ因リ又ハ強制執行ノ結果トシテ第五七二條、第五七九條支配其他ノ給付ヲ受取リタルトキハ其受取リタル給付ノ全部ナルト一部ナルトニ從ヒ或ハ執行力正本ヲ付與シ或ハ受取證ヲ交付スヘキ義務ヲ負フ(第五三五條何トナレハ民事訴訟法第五百三十五條ハ給付力債務者ノ任意ニ因リタルト否トニ區別ナク債務者ニ對スル擔保方法ヲ規定シタルモノナレハナリ)第三者カ債務者ニ代リテ支拂ヲ爲シタル場合モ亦同シ然レトモ債權者又ハ其代理人カ債權者ニ對シ直接ニ支拂ヲ爲シタルトキハ執達吏ハ債務者ニ執行力正本ヲ交付スヘキノ義務ナク又スル權利ナシ蓋シスル支拂ハ執達吏ノ職權ニ無關係ナレハナリ債務者又ハ第三者カ債務ヲ完済シタルトキハ執達吏ハ之ニ執行力正本及ヒ受取證ヲ交付スヘシ蓋シスル場合ニ於テハ債

權者カ執行力正本ヲ所持スルノ要ナキヲ要ナス債務者ノ爲メニ執行力正本ノ濫用ナキコトヲ擔保スルニ在リ支拂其他ノ給付カ一部ニ過キタルトキハ執行吏ハ執行力正本ニ其旨ヲ記載シ且受取證ヲ交付ス蓋シ斯ル場合ニ於テハ他日執行ヲ續行スル必要アルカ故ニ執行力正本ヲ交付スルコトヲ得タルナリ一部辨済後債權者カ民事訴訟法第五百四十九條ノ異議ニ因リ第三者ニ給付ノ目的物ヲ取戻サレタルトキハ執行力正本ニ存スル一部給付ノ附記民事訴訟法第五百四十九條ニ依レル判決ニ依リ當然其效力ヲ失フモノナリ併合訴訟ノ結果トシテ數多ノ債務者カ一ノ判決ニ依リ敗訴ヲ言渡サレタル場合ニ於テハ連帶債務ヲ完済シタル債務者ノミニ執行力正本ヲ交付スヘキモノトス何トナレハ此債務者ノミカ法律上執行力正本ヲ受タルノ權アレハナリ執行吏ノ受取證ハ執行吏ヲ官吏トシテ其職權内ニ於テ作成シタルモノナレハ一ノ公正證書ナルヤ言ヲ待タス債務者尙ホ債權者ニ對シ受取證ヲ求ムルノ權アルヤ否キハ民法ニ依リ之ヲ定ム(民法第四八六條)

第二節 現役軍人、軍屬ニ對スル強制執行

豫備後備ノ軍籍ニ在ラサル軍人軍屬即チ現役ノ軍人軍屬ニ對シ第一要件兵營及ヒ軍事用廳舎砲兵工廠造船所ノ類又ハ軍艦ニ於テ(第二要件)私宅ニ於テ差押ヲ爲スカ如キハ本節ノ關係スル所ニ非ス強制執行ヲ爲スヘキトキハ執行裁判所カ債權者ノ申立ニ因リ執行吏ニ非ス管轄ノ軍事裁判所所屬ノ長官又ハ隊長ニ囑託シテ之ヲ爲ス(第五五六條)獨逸舊民事訴訟法第六九九條是レ「ウキルモースキ」氏ノ明言スルカ如ク軍事上ノ規律ヲ保持スルノ目的ニ出テタルモノニシテ債權者ハ其有スル執行力アル正本ヲ申立ト同時ニ執行裁判所ニ交付シ又同裁判所ハ之ヲ受託官廳ニ送達セサルヘカラス(第五三四條)引用受託官廳ハ民事訴訟法ノ規定ニ從ヒテ差押ヲ爲シタル物(第五六四條)第七五〇條ヲ債權者ノ委任シタル執行吏(債權者カ申立ト共ニ委任シタル執行吏)ヲ執行裁判所ニ届出テ同裁判所ハ之ヲ受託官廳ニ通知スニ執行力アル正本ト共ニ交付シ同執行吏ハ爾後交付セラレタル物ヲ自己カ差押ヘタル場合ニ於ケルト同シタ換價スルモ

第三節 相續財産ニ對スル強制執行ノ進行

強制執行開始後ニ執行債權者カ死亡シタルトキハ強制執行ヲ續行スルコトヲ得ス何トナレハ強制執行ハ前述ノ如ク執行文ニ氏名ノ表示アル債權者ノ爲メノミニ行フコトヲ得ヘキモノナレハナリ(第五二八條第二項死亡シタル債權者ノ相續ヲ承認シタル相續人ハ民事訴訟法第五百十八條第五百二十條ノ規定ニ則リ更ニ承繼人ノ爲メニスル執行文ヲ得之ヲ民事訴訟法第五百二十八條第二項ニ則リ債務者ニ送達シタル後之ニ對シテ強制執行ヲ續行スルコトヲ得ヘシ強制執行開始後ニ執行債務者カ死亡シタルトキハ法律ハ債權者ノ利益ノ爲メニ相續財産即チ死亡シタル債務者ノ財産ニ對シ相續ノ承認ノ有無ニ拘ハラズ強制執行ノ續行ヲ許シタル相續財産ニ對シ強制執行ヲ續行ヲ許スノミ故ニ相續人ニ對シテ強制執行ヲ續行スルニハ民事訴訟法第五百十九條第五百二十八條ノ手續ヲ履マツルヘカラス(第五二條第一項)獨逸舊民事訴訟法第六九三條

同新民事訴訟法第七七九條第一項)而シテ相續財産ニ對スル強制執行ノ續行ニ際シ債務者ノ知ルコトヲ要スル執行行為即チ民事訴訟法第五百九十八條第六百十三條第二項第六百二十九條第七百三十一條第三項第五百六十六條第三項ニ規定スル行為爲其他差押物ノ運搬カ困難ナルヲ以テ之カ保管又ハ換價ヲ爲スカ如キ事實上ノ必要ヨリ(第五六六條第二項)債務者ノ立會ヲ必要ト爲ス行為ヲ實施スル場合ニ於テ相續人アラサルトキ即チ相續人カ未タ承認ノ意見ヲ表示セサルカ(民法第一〇一七條或ハ承認ノ有無ノ不確實ナルカ又ハ相續人ノ所在不分明ナルトキハ執行裁判所ハ債權者ノ申立ニ因リ相續財産又ハ相續人ノ爲メニ特別代理人ヲ任セサルヘカラス但相續財産管理人又ハ遺言執行者アルトキハ此限ニ在ラス何トナレハ此等ノ者ハ適當ニ財産ヲ管理スルヲ以テ特別代理人選任ノ要ナケレハナリ(第五五二條第二項)民法第一〇五二條第一一四條獨逸舊民事訴訟法第六九三條第二項同新民事訴訟法第七七九條第二項)債權者ノ申立ハ強制執行ノ手續ニ關スル申立ナリ故ニ之ヲ却下シタル裁判ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得(第五五八條)特別代理人ハ民事訴訟法第五百二十二條

條第五百四十四條第五百四十九條ニ從ヒテ各執行行為ニ付キ債務者ノ異議ヲ主張スルコトヲ得故ニ裁判所ハ特別代理人ニ對シ之カ爲メニ必要ナル迅速ヲ爲ササルヘカラス

強制執行ノ開始後ニ戶主タリシ債務者カ隱居、入夫婚姻廢家等ノ原因ニ因リ戶主タル地位ヲ辭シ又ハ失ヒタルトキハ(民法第七五二條以下)ハ債權者ハ民事訴訟法第五百五十三條ノ規定ニ則リ戶主權喪失ノ當時債務者ノ所持シタル財産ニ付キ強制執行ヲ續行スルコトヲ得是レ戶主權ノ喪失ハ債務者ノ死亡ヨリ生スルモノト同一ノ法律的现象ヲ生スルヲ以テ法律ハ債務者ノ死亡ト同シク債權者ノ利益ヲ保護シタルモノト信ス

第四節 專屬裁判籍(強制執行ノ)

本編即チ民事訴訟法第四百九十七條乃至第七百六十三條ニ於テ規定シタル裁判籍ハ專屬ナリトス(第五六三條)獨逸舊民事訴訟法第七〇七條「ヘルマン」及ヒ「クニルモースキ」氏ハ裁判籍ナル法文ニ拘泥シテ第一〇條乃至第二五條土地

ノ管轄ノミカ專屬ナリト主張シタレトモ「ガウプ」「エンデマン」「ゾキフエルド」氏等ノ反對スル所ニシテ又予輩ノ採ラサル所ナリ蓋シ前述ノ如ク強制執行ハ訴訟事件ノ一部分タリ隨テ訴訟事件ノ管轄ハ強制執行ノ管轄ナラサルヘカラス故ニ強制執行ハ受訴裁判所ノ管轄土地及ヒ事物ニ專屬ス又執行裁判所ハ受訴裁判所ノ法定シタル共助裁判所トシテ強制執行ニ關スル事務ヲ取扱フモノタリ故ニ強制執行ハ執行裁判所ノ管轄ニ專屬セサルヘカラス隨テ合意管轄ハ法律ノ認メタル所ナリト謂ハサルヲ得ス(第三一條然レトモ管轄カ訴訟物ノ價額ニ從ヒテ定マル場合第五一四條第二項、第五四九條、第五六一條第三項、第五六五條)ニ於テハ例外トシテ區裁判所又ハ地方裁判所ノ管轄ニ關シ合意管轄ヲ許スト謂フヘシ蓋シ此場合ニ於ケル事物ノ管轄ニ關スル規定ハ強制執行ノ範圍ニ屬セシテ却テ此等ノ訴訟モ亦準據スル通常訴訟ノ範圍ニ屬ス之ヲ換言セハ強制執行ニ特別ナル規定ニ非スシテ却テ裁判所ノ構成ニ關スル通則第二九條以下裁判所構成法ヲ反覆シテ明示シタルニ外ナラサレハナリ然レトモ民事訴訟法第五百二十一條第五百四十五條ノ場合ニ於ケル訴ハ第一審受訴裁判所即チ

現實の裁判所ノ管轄ニ專屬スルヤ法文上明確ナルヲ以テ斯ル例外法ヲ適用ヲ
缺タヤ言フ埃タス

第五節

強制執行ノ手續ニ關スル裁判ニ對スル不
服申立

強制執行ノ手續ニ於テ口頭辯論ヲ經スシテ爲スコトヲ得ル裁判ニ對シテハ即
時抗告ヲ爲スコトヲ得ヘシ(第五五八條)獨逸舊民事訴訟法第七〇一條茲ニ所謂
裁判ニハ執行裁判所ノ總テノ裁判第五四三條第三項民事訴訟法第五百十二
條第一項第五百四十六條第五百四十九條第四項第七百三十三條第七百三十四
條ニ規定シタル裁判其他強制執行ノ手續ニ於テ抗告ヲ許スヘカラサルモノト
シテ却下シタル裁判ヲ指示ス然レトモ口頭辯論ヲ經スシテ爲スコトヲ得ル裁
判ニシテ法律上不服申立ヲ許ササル明文アルモノ第五〇〇條末項第五一一條
末項第五一二條第五四八條第五四九條ハ該裁判中ニ包含セサルヤ言フ埃タス
(意將強制執行手續ニ於テ即時抗告ヲ以テ不服ノ申立ヲ爲スコトヲ得ルモノハ

口頭辯論ヲ經スシテ爲スコトヲ得ル裁判ナルカ故ニ第一ニ裁判ナルコトヲ要
ス證據決定ノ如ク單純ナル指揮の命令其他執行裁判所ノ爲シタル執行ニ關ス
ル單純ナル命令(第五四四條)ノ如キハ即時抗告ノ目的ト爲ラス執行交付與ニ關
スル裁判所書記ノ處分亦然リ蓋シ此處分ニ對シテハ先ツ民事訴訟法第五百二
十二條ニ規定スル裁判所ノ更正裁判ヲ求メ其更正ニ關スル裁判ニ對シテ不服
ナル所アレハ之ニ對シテ即時抗告ヲ爲スヘキ法意ナレハナリ軌遠度ノ行爲亦
然リ蓋シ此行爲ニ對シテハ民事訴訟法第五百四十四條ニ規定シタル裁判所ノ
更正裁判ヲ求メ其更正ニ關スル裁判ニ對シテ不服ナル所アレハ之ニ對シテ即
時抗告ヲ爲スコトヲ得ヘキ法意ナレハナリ第二ニ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ル
モノハ總テノ利害關係人ナルヲ要ス債務者債權者ハ勿論第三者ト雖モ裁判ニ
因リ不利益ヲ受クルトキハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ヘシ例ヘハ軌遠度力裁判
ニ依リ自己ニ責任ヲ負フニ至ルヘキ場合ニ於テ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ルカ
如シ此第一、第二ノ要件ヲ具備スル以上ハ裁判力申請ヲ却下シタルモノナルト
否ト又口頭辯論ヲ爲シタルト否トヲ問ハス即時抗告ヲ爲スコトヲ得蓋シ法律

上何等ノ制限ナケレハナリ(前提要件即時抗告ヲ關シテハ民事訴訟法第四百六十一條、第四百六十六條ノ規定ヲ適用ス)

第六節 保證供託及ヒ送達

原告若クハ被告カ強制執行法ノ規定ニ從ヒテ保證ヲ立テ又ハ供託ヲ爲ス場合ニ於テ(第五〇〇條、第五〇三條、第五〇五條、第五一二條、第五二二條、第五四七條、第五四九條、第六五六條、第七四一條、第七四三條、第七四五條、第七四七條、第七五九條等)之ヲ履行スル方法ハ保證ヲ立テ又ハ供託ヲ爲ス義務アル原告又ハ被告ノ普通裁判籍ヲ有スル地ノ區裁判所又ハ執行裁判所ニ保證ヲ立テ又ハ供託ヲ爲スニ在リ是レ蓋シ新ル方法ハ義務者ニ對シ最モ便利ナルカ故ナラン又保證ヲ立テ又ハ供託ヲ爲シタルコトニ關シテハ法律上之ヲ證明スルノ要アルカ故ニ第五五〇條參考裁判所ハ求ニ依リ證明書ヲ付與スヘシ(第五一三條民事訴訟法第五百十三條ノ規定ハ保證又ハ供託ノ目的物カ金錢及ヒ有價證券ナルトキハ實際上行ハレタルモノト信ス何トナレハ供託法ニ依レハ金錢及ヒ有價證券ハ金

庫ニ於テ之ヲ保管スヘキモノナレハナリ然レトモ供託ノ目的物カ金錢又ハ有價證券ニ非サルトキハ裁判所カ所屬會計係ヲシテ之ヲ保管セシムルモノト信ス供託法參考強制執行ノ手續進行中ニ於テ特定ノ金額又ハ物件ヲ供託シタルニ因リテ生スル法律關係ニ關シテハ我民事訴訟法並ニ獨逸民事訴訟法ノ規定セサル所ナリ是レ民法上ノ原則ノ適用ニ依リ該法律關係ヲ定ムルノ法意ニ出ツ而シテ此法律關係ヲ最モ簡明ニ説明シタル學者(ガウプ)及ヒウキルモースキー氏ナリ故ニ此二大家ノ見解ヲ參考トシ該法律關係ヲ略述スレハ第一ニ保證トシテノ供託ニ管シテハ(1)債務者カ執行ノ免除停止又ハ取消ノ爲メニ金錢又ハ有價證券ヲ供託シタル場合ニハ債權者カ強制執行ヲ爲ササルコトノ代價トシテ供託ノ目的物上ニ唯リ對人的請求權ノミナラス爾後第三者ノ行為若クハ債務者ノ財産ニ對スル破產手續ノ開始ニ因リテ效力ヲ害セラレサル物上擔保物即チ優先權ヲ取得スト謂ハサルヲ得ス何トナレハ斯ル論決ハ供託ノ目的ニ適當スレハナリ(第五〇〇條、第五〇五條、第五二二條、第五四七條、第五四四條、第七四三條、第七五九條)是ヲ以テ債權者ハ債務者カ破產シタル場合ニ供託物上

ニ別除權ヲ有ス又裁判所若シハ供託所ハ債權者ノ代理人トシテ供託物ヲ占有シ且之ヲ保管スト謂フコトヲ得ヘク債務者ハ強制執行力有效ニ取消サレタルトキハ供託物ノ引渡請求ヲ爲スコトヲ得又債權者ハ強制執行力有效ニ確定シタルトキハ供託物上ニ執行ヲ爲スノ權アリ而シテ此後ノ場合ニ於ケル差押ハ民事訴訟法第五百六十七條第五百九十八條第六百十五條ニ從ヒテ行ハル(2)債權者カ執行ヲ開始シ又ハ其執行ノ爲メニ又執行參加訴訟ハ原告カ民事訴訟法第五百四十九條末項ニ從ヒテ保證ヲ供託シタル場合(第五〇〇條第五〇三條第五一二條第五二二條第五四七條第五四九條第七四一條第七五六條及ヒ(3)第三者カ執行ノ停止若クハ取消ノ爲メニ保證ヲ供託シタル場合第五四九條末項ニモ亦前述ノ如ク保證ヲ立ツルコトカ執行ノ代價ナリトノ觀念ニ基ク原則ノ準用ヲ見ルハ當然ナリ隨テ前示ト同一ノ法律關係ノ存スルモノト謂フヘシ(第五一三條……原告)第二ニ單純ナル供託ニ關シテハ(1)債務者カ民事訴訟法第五百五條第二項ニ從ヒテ特定ノ金額若クハ訴訟物ヲ供託シタル場合ニ於テハ其供託ヲ解除條件附辦濟ト認メ假執行宣言附判決債務名義タルヲ變更シタル確定

判決アリタルトキ即チ解除條件カ成就シタルトキハ供託物ヲ債務者ニ返還シ假執行宣言附判決ヲ認可シタル確定判決アリタルトキハ供託物ヲ確定のニ債權者ノ權利ニ歸セシメサルヘカラス是ヲ以テ此場合ニ於ケル供託ハ執行ノ代價ニ非スシテ却テ辦濟ノ代價ニシテ又裁判所並ニ供託所ハ債權者ヲ代理スルモノト謂フヘシ(第五一三條……被告……)(2)執達吏カ差押ヘタル金錢若クハ差押物ノ賣得金ヲ供託シタル場合ニ於テハ差押權カ供託物上ニ存續シ(第五五六條第二項第五九三條第七五〇條(3)第三債務者カ供シタル場合第六二一條モ亦然リ)以上説明シタル第一及ヒ第二ノ場合ニ於テ供託シタル金錢カ國家其他ノ供託所ノ權利ニ屬シタルトキハ各利害關係人債權者債務者及ヒ執行參加原告ハ供託物ニ付キ訴訟事件ノ裁判ヲ條件トシテ元利金ノ支拂ヲ目的トスル債權ヲ供託所ニ對シテ有スルコトト爲ル該債權ハ民事訴訟法第五百九十八條ニ從ヒテ差押フルコトヲ得ルハ當然ナリ執行行為ノ際債務者ニ爲スヘキ送達及ヒ通知ハ(第五五六條第三項第五九一條、

第五九八條等債務者ノ所在不分明ナルカ又ハ外國ニ在ルトキハ之ヲ爲スコトヲ要セス是レ執行ノ遲延ヲ防止スルニ在リ

第七節 強制執行ノ費用

強制執行ノ費用トハ執行行為ノ實施ニ因リテ生シタル費用ナリ執行文付與ノ申請以後ニ生シタル費用タリ故ニ唯リ執達吏ノ手数料及ヒ立替金ノ如キ強制執行ノ實施ニ付キ生シタル費用ノミナラス執行文ノ付與ニ關スル費用保證ノ供託第五一三條並ニ其取戻費用其他旅費ノ如キ裁判所ノ費用タル執行手續著手準備費用ヲモ包含ス(執達吏手数料規則民事訴訟費用法參照)然レトモ執行手續ノ進行中ニ於テ提起セラレタル特別ノ訴ニ因リテ生シタル費用ハ訴訟費用ニシテ執行費用ニ屬セス故ニ此種ノ費用ハ判決ニ於テ負擔者ヲ定メ費用額確定ノ決定ヲ以テ執行シ(第五四五條乃至第五四九條民事訴訟法第五百五十四條ノ關係スル所ニ非ス(意義))

執行費用ハ訴訟費用ニ於ケルト同シク必要ナル部分ニ限リ債務者ノ負擔ニ屬

ス何トナレハ執行費用ハ元來債務者ノ任意ニ其義務ヲ履マサルニ因リテ生シタル費用ナルヲ以テナリ之ヲ換言セハ債務者ノ不法行為ニ對スル責任若クハ損害賠償トシテ執行費用ヲ負擔スルモノニ非スレト却テ自己ノ行為ニ因リ裁判上ノ干渉ノ必要ヲ惹起セシメタル事實ニ因リテ執行費用ヲ負擔スルニ過キス然レトモ其負擔部分ハ當然必要ノ限度ニ止マル其限度ハ訴訟費用ニ於ケルカ如ク裁判所力爭アル場合ニ之ヲ定ム(ガクブ氏ハ爭アル場合ト曰ハス)故ニ執達吏カ其職務ニ屬セタル行為ヲ爲シタルニ因リテ生シタル費用ノ如キハ債務者ノ負擔ニ屬セス債務者ノ負擔ニ屬セタル費用ハ其費用ヲ要シタル手續ノ必要ヲ惹起シタル債權者ノ負擔ニ歸スルハ當然ナリ故ニ執達吏ハ此場合ニ於ケル自己ノ手数料ノ爲メニ第三者タル債務者ニ對シ差押ヘタル物件ノ解放ヲ拒ム權利ヲ有セス執行費用ノ負擔者(第五五四條第一項)

執行費用ハ強制執行ヲ受クル請求ト同時ニ之ヲ取立ツルコトヲ要ス(第五五四條第一項)後段ハ強制執行ヲ受クル請求……ヲ用語ハ甚タ不當ナリ強制執行ヲ爲スヘキ請求ト解シヘシ獨逸舊民事訴訟法第六九七條第一項執行費用ハ獨立

固有ノ債務名義ヲ有セスシテ執行ヲ爲ス請求即チ主タル請求ニ於ケル債務名義ヲ自己ノ債務名義トス故ニ執行費用ハ主タル請求ニ於ケル債務名義ニ依リテ主タル請求ト同時ニ取立ツルコトヲ要ス蓋シ執行費用ヲシテ尙ホ民事訴訟法第八十四條第八十五條ノ如キ確定決定ヲ必要ト爲スニ於テハ費用ニ關スル手續ハ其終局ヲ見ルコトナキヲ以テナリ是ヲ以テ債務者カ任意ニ執行費用ヲ支拂フ爲サナリシトキハ之カ爲メニ債務者ノ財産ヲ差押フルコトヲ得(第五六四條、第五七八條、執達吏職務細則第八一條、獨逸民事訴訟法第七〇八條、第七一九條、執行機關ハ債權者ノ報告ニ基キ執行費用ヲ計算シ且債務者ニ之ヲ示サザルヘカラス何トナレハ債務者ハ其負擔ニ歸スヘカラスルモノ即チ不必要ナリト思料シタル部分ニ付テハ民事訴訟法第五百四十四條ニ基キ異議ノ申立又ハ民事訴訟法第五百四十五條ノ規定ニ依レル請求ニ對スル異議ト共同シテ異議ノ申立ヲ爲スヘケレハナリ但民事訴訟法第八十二條ハ執行費用ニ關シテハ適用ナシ何トナレハ同條ハ訴訟事件ニ於ケル當事者アルコトヲ前提要件ト爲セハナリ債權者ハ其委任シタル執達吏カ計算シタル費用ノ取立ヲ拒ミタルトキハ

之ニ對シ異議ヲ申立ツルコトヲ得ルハ疑ナシ(取立手續(第五四四條、獨逸民事訴訟法第六八五條) 判決其他ノ債務名義カ強制執行費用取立後上訴若クハ再審ニ因リテ取消サレタルトキハ債權者ハ主タル請求ノ執行トシテ取立ツタルモノト同シテ執行費用ヲ債務者ニ返済セサルヘカラス何トナレハ執行費用ヲ受取ルヘキ根原ナキニ至リタレハナリ然レトモ債務名義其モノニ非スシテ假執行宣言ノモノ廢止(第五一〇條)ハ執行費用返済ノ原因ト爲ラス何トナレハ還ハ毫モ直接ニ債權者ノ失權ヲ表示セザレハナリ執行費用ノ返済ヲ主張スル者ハ主タル請求ノ爲メニ債權者ニ辨済シタル事物ノ返還ヲ求ムルト同一方法ヲ以テ主張スヘシ(第五一〇條第二項)主タル債務名義取消ノ判決カ執行費用ニ付キ明示的ニ辨済スヘキ旨ノ裁判ヲ與ヘタルモ執行費用返済ニ關スル債務名義ト爲ルニ妨ナシ何トナレハ強制執行ノ基本タル債務名義ノ取消ニ因リテ執行費用ヲ返済スヘキトハ當然ニシテ別ニ判決ヲ以テ認定スルノ必要ヲ見ツレハナリ執行費用ノ返済(第五五四條第二項、獨逸舊民事訴訟法第六九七條第二項)

第八節 強制執行ノ效力

強制執行ハ前述シタルカ如ク其命令及ヒ實施ニ關スルニノ要件ヲ具ヘタル場合ニ限リ法律上效力ヲ有ス故ニ強制執行ヲ目的トシタル行為カ此ニ要件ヲ具ヘタルトキハ法定の效力ヲ發生セサルヤ當然ナリ然レトモ該ニ要件ヲ具ヘタル以上ハ執行行為カ其手續ニ關スル法規ニ適セサルカ爲メニ無効ト爲ルモノニ非ス却テ執行ノ方法ニ關スル異議ノ原因ヲ爲スニ過キス例ヘハ執達吏カ圖書ヲ作成スヘキ規定ヲ遵守セヌ又妄ニ夜間ニ執行ヲ爲スコト能ハサルノ規定ヲ遵守セサルカ如キ即チ是ナリ

第九節

判決ニ基ク強制執行法規ノ他債務名義ニ於ケル準用ノ限界

判決ニ基ク強制執行法規ハ判決以外ノ債務名義ニ基ク強制執行ノ準則タリ故ニ後者ノ強制執行ニ關シテハ執行命令及ヒ公證人作成ノ公正證書ニ付キ特則

ヲ除ク外第五五九條第二條第五條第五六一條第五六二條各債務名義ノ特質上差異ヲ生セサル限リハ判決ニ基ク強制執行ト同一法則カ行ハル第五六〇條獨逸舊民事訴訟法第七〇三條是ヲ以テ執行命令假差押命令及ヒ假處分命令ヲ除ク外第五六一條第七四九條第七五六條ハ總テ執行手續カ執行力アル正本ニ依リテ開始セララルモノトス第五一六條第一項而シテ債務名義カ裁判ナルトセハ其裁判ヲ爲シタル裁判所ノ所屬裁判所書記カ執行力アル正本ヲ付與シ和解及ヒ公證人作成ノ證書ニ關シテハ和解調書ヲ作リタル裁判所書記及ヒ證書ヲ保存スル公證人カ執行力アル正本ヲ付與シ第五五九條第一、第三乃至第五、第五六二條又執行カ債務名義ノ正本ヲ執行以前ニ若クハ同時ニ送達スルニ因リテ開始セララル(第五二八條而シテ裁判カ債務名義ナルトキハ其正本ノ送達ハ民事訴訟法第二百四十五條ノ規定ニ依ル和解カ債務名義ナル場合ニ於テ執行ニ關スル異議ノ訴ヲ提起セント欲スル者ハ第一審裁判所訴ノ提起後ノ和解ニ因リ終局シタル訴訟ヲ爲スニ至ラサルトキハ訴訟ノ目的物タルヘキ事物ノ價額ノ如何ニ拘ラス和解ヲ爲シタル區裁判所起訴セサルヘカラス(第五四五條第一項

準用但シ民事訴訟法第五百四十五條第二項ハ判決ノ確定ト牽連シテ分ツヘカラサルモノナルヲ以テ和解カ債務名義ナル場合ニ適用ナキハ當然ナリ抗告ヲ以テノミ不服ヲ申立フルコトヲ得ル裁判カ債務名義ナル場合ニ於テハ債務者ハ民事訴訟法第五百四十五條ノ準用トシテ抗告又ハ取消申請第二九五條第三一九條ヲ以テ主張シ又ハ主張シ得ヘキ異議ヲ民事訴訟法第五百四十五條第二項ニ從ヒテ訴ヲ以テ主張スル事能ハサルノ制限ヲ受ク

第二章 特別

強制執行ハ事物ノ性質ニ從ヒテ或ハ間接強制ニ依リ或ハ直接強制ニ依リテ行ハル間接強制ニ依ル強制執行ハ國家カ申立ニ因リ債務者ヲシテ債權者ニ對シ負擔シタル作爲又ハ不作爲ヲ目的トスル債務ヲ履行セシムルカ爲メニ相當ノ期間ヲ定メ債務者カ其定メタル期間内債務ノ履行ヲ爲ササルトキハ其遲延ノ期間ニ應ジテ一定ノ賠償ヲ爲スヘキコト又ハ直チニ損害賠償ヲ爲スヘキコトヲ命スル履行方法ニシテ直接強制ニ依ル強制執行トハ國家カ債務者ノ意思ノ

媒介ヲ埃タスシテ直チニ債權者ニ其債務者ニ對シテ有スル請求ニ適當ナル満足ヲ得セシムル執行方法ナリ而シテ我民事訴訟法ノ法意ニ依レハ(第七三三條第七三四條等)間接強制ニ依レル強制執行ハ唯執行スヘキ請求權ノ性質上直接強制ニ依レル強制執行ノ行ハレサル場合ニ於テノミ行ハルモノト思惟ス直接強制ニ依レル強制執行ニ於テハ原則上國家ノ機關カ債務者ニ代リテ債權者ニ債務者カ任意履行ニ因リ債權者ニ供給スヘキ事物ヲ供給スルモノトス蓋シ民事訴訟法第五百七十四條第二項並ニ第五百七十九條ニ所謂債務者ヨリ支拂ヲ爲シタルモノト看做ストノ文意及ヒ民事訴訟法第五百八十二條並ニ第五百八十三條ニ所謂債務者ニ代リトノ文意ヨリ推究スレハ執達吏ハ動産ノ差押及ヒ其賣却ニ關シテハ債務者ノ代理人トシテ職務ヲ取扱フモノタルコトヲ認ムルヲ得ヘク執達吏ハ前ニ述ヘタルカ如ク第五百三十三條乃至第五百三十五條ノ規定ニ依レル債權者ノ代理人トシテ職務ヲ取扱フモノナリ然レトモ之カ爲メニ民法第百八條ノ規定ニ抵觸スルモノニ非ス蓋シ執達吏ハ職務的代理人タルカ故ニ當事者雙方ノ代理人タルコトヲ得ルハ當然ナリ又差押タル債權ヲ轉

付スル場合ニ於テハ執行裁判所ハ債務者ヲ代表スト謂フコトヲ得ヘケレハナ
リ獨逸舊民事訴訟法第七三七條同新民事訴訟法第八三六條而シテ民事訴訟法
第七百三十三條ニ規定シタル場合ハ此原則ニ對スル一例外タルヤ言フ埃タサ
ル所ナリ

此ノ如ク執行機關ハ直接強制ニ依レル強制執行ニ於テハ原則上債務者ニ代
ルモノナルヲ以テ引渡スヘキ物ノ所有權ノ移轉等ノ如キ債權者ニ任意上満足
ヲ供スル場合ニ於テ必要ナルヘキ債務者ノ意思ハ國家ノ意思ニ因リテ代替セ
ラル第五八二條第五八三條隨テ抵當權ノ登記相續ノ承認其他債權讓渡等ノ如
キ債務者カ單純ナル意思ノ陳述ヲ爲スヘキ判決ヲ受ケ又賣買行爲ノ成立確認
ノ如キ債務者カ法律關係ノ成立ヲ認諾スヘキ旨ノ判決ヲ受ケタル場合ニ於テ
ハ其判決ノ確定ニ因リテ債務者カ認諾又ハ意思ノ陳述ヲ爲シタルモノト爲ス
ヲ以テ足レリトシ特ニ意思ノ陳述ヲ爲サシムヘキ強制手段ヲ必要ト爲ササル
ナリ蓋シ判決ノ確定ヲ以テ國家カ債務者ニ代リテ必要ナル意思ノ陳述ヲ爲シ
タルモノト謂フコトヲ得ヘケレハナリ然レトモ債務者ノ認諾又ハ意思ノ陳述

債務者ノ豫先的又ハ同時的反對給付ニ保ルトキハ其認諾又ハ意思ノ陳述ハ
民事訴訟法第五百十八條及ヒ第五百二十條ノ規定ニ從ヒ執行力アル正本ヲ付與
シタルトキニ其效力ヲ生ス蓋シ執行力正本ノ付與ハ唯之ヲ執行機關ニ提出
スルカ爲メニ必要ナルノミナラス反對給付ノ履行ヲモ證明スヘキモノナルヲ
以テ此確實ナル證明アリタルトキニ意思ノ陳述ノ成立アリト爲スハ極メテ適
當ナレハナリ但シ此法則ハ判決以外ノ債務名義殊ニ和解調書ニ關シテ適用ナ
カルヘシ蓋シ此法則ノ適用ハ債務名義ノ判決タルコトヲ前提要件ト爲セハナ
リ又婚姻ノ承諾ヲ爲スヘキ旨ヲ言渡シタル判決ニ關シテ適用ナカルヘシ蓋シ
斯ル判決ニハ民事訴訟法上強制方法ナキヲ以テナリ其他意思ノ陳述ヲ爲スヘ
キ旨ヲ言渡シタル判決ニ付シタル假執行ノ宣言ハ斯ル意思ノ陳述ヲ爲シタル
モノト認ムルノ效力ナシ何トナレハ民事訴訟法第七百三十六條ハ意思ノ陳述
ヲ爲シタルモノト看做スニ付キ判決ノ確定ヲ前提要件ト爲セハナリ

強制執行ノ方法ハ執行スヘキ請求權ノ内容即チ金錢ノ支拂ヲ目的トスル權利
特定物若クハ代替物ノ引渡ヲ目的トスル權利特定行爲ヲ爲スコト若クハ爲サ

ナルコトヲ目的トスル權利ノ爲メニ成立シタル債務名義ニ從ヒテ當然異ナレルモノトス金錢ノ支拂ヲ目的トスル請求權ノ強制執行ヲ爲ス場合ニ於テハ強制執行ハ直接ニ債務者ノ總財産ニ對シテ行ハル然レトモ金錢ノ債權ハ金錢ノ支拂ヲ以テ満足セラレルモノナルカ故ニ債權者ハ通常現金ナリ又ハ現金ナキトモハ債權額ヲ限度トシテ債務者ノ他ノ財産ノ金錢的價額ヨリ満足ヲ享有スルモノトス蓋シ現金アルニモ拘ラス現金以外ノ財産ヨリ満足ヲ受ケントスレハ徒ニ費用ヲ費スノミナルヲ以テナリ其他ノ請求權ニ付キ強制執行ヲ爲ス場合ニ於テハ強制執行ハ或ハ債務名義ニ於テ表示シタル特定ノ物件ニ對シ或ハ損害ヲ賠償セシムル方法間接強制ニ依レル強制執行ニ依リテ行ハル是ヲ以テ強制執行ノ方法ヲ分テ金錢ノ債權ニ付テノ強制執行及ヒ金錢ノ支拂ヲ目的トセサル債權ニ付テノ強制執行ト爲スハ學理上正當ニシテ又我民事訴訟法及ヒ獨逸民事訴訟法ノ採用シタル綱目タリ又金錢ノ債權ノ爲メニスル強制執行ニ關シテハ其強制執行ノ目的カ債務者ノ動産不動産及ヒ船舶ナルニ從ヒテ執行ノ目的ヲ達スルノ手續各異ナラザルヲ得ハ是ヲ以テ金錢ノ債權ニ付テノ強制

執行ヲ更ニ分テ動産ニ對スル強制執行不動産ニ對スル強制執行及ヒ船舶ニ對スル強制執行ト爲スハ學理上正當ニシテ又我民事訴訟法ノ採用シタル綱目ナリ左ニ此綱目ニ從ヒテ本章ノ特別ヲ説明スヘシ而テ法律ハ債權者カ強制執行ヲ爲スニ當リ前ニ示シタル一方法ノミニ依ルカ各方法ヲ併用スルカ又ハ自己ノ目的ヲ達スルニ足ル方法ヲ選擇スルコトニ關シテハ債權者ノ判斷ニ任セタリ然レトモ各執行方法ノ執行ニハ債權者カ完全ナル満足ヲ得ルニ止マル制限アルヤ言フ埃タサルナリ

第一節 金錢ノ債權ニ付テノ強制執行

金錢ノ債權即チ金錢ノ支拂ヲ目的トスル債權トハ自國若ハ外國ノ貨幣ヲ以テスル一定ノ金額ノ支拂ヲ以テ履行セラル債權ナリ外國ノ貨幣ノ支拂ヲ目的トスル旨ノ表示ハ自國ノ貨幣ヲ以テスル強制執行ノ實施ニ際シテハ唯數量ヲ表示シタルモノト解スルヲ正當トス隨テ外國貨幣ノ支拂ヲ目的トスル權利ハ金錢ノ債權タルヲ訪ト爲ラス又自國及ヒ外國ノ特種ノ貨幣ノ給付ヲ目的ト

スル權利ハ金錢ノ債權ニ非ス隨テ斯ル權利ハ民事訴訟法第七百三十條ニ從テ執行セラルルモノナリ然レトモ斯ル權利ヲ有スル者ハ特種ノ貨幣ヲ給付ヲ求ムル權利ノミナリ拋棄シ民事訴訟法第六編第二章ノ強制執行ニ依リ滿足ヲ受タルコトヲ得ヘシ何トナレハ債權者ハ斯ル權利ノ拋棄ト共ニ第七百三十條ニ規定シタル執行權ヲ拋棄セタルモノナレハナリ第三者ニ對スル支拂ヲ求ムル權利又ハ金錢ノ供託ヲ目的トスル權利ハ金錢ノ債權ニ非ス何トナレハ這ハ行爲ヲ目的トスル權利ナレハナリ隨テ斯ル權利ハ第七百三十條以下ノ規定ニ從ヒテ強制執行ヲ爲ササルヘカラス(金錢ノ債權ノ意義)

債務名義ノ内容カ選擇權ナルトキハ選擇權カ債權者ニ屬スルト債務者ニ屬スルトニ依リ論結ヲ異ニセサルヲ得ス債權者カ選擇權ヲ有スルトキハ其債權者ハ強制執行ノ開始マテ又ハ之ト同時ニ選擇權ヲ行使スルコトヲ得之ニ反シテ債務者カ選擇權ヲ有スルトキ若クハ債務名義中ニ選擇權ニ關シテ何等ノ表示ナキトキハ(民法第四〇六條)迅速更ハ債務者カ強制執行ノ開始マテ選擇權ヲ行使セザルカ若クハ其義務タル給付ヲ履行セザル場合ニ於テハ債權者ノ執行發

任ニ依リテ數箇ノ給付中ノ一ヲ取立テサルヘカラス但シ債務者カ他ノ給付ヲ履行シ債權者ニ滿足ヲ供シ以テ強制執行ヲ避ケタルトキハ此限ニ在ラス何トナレハ債務名義ノ内容ハ強制執行ノ繼續中強制執行ヲ爲スニ付キ證據スヘキ標準ナルヲ以テ選擇權ノ主體ノ變更ハ強制執行ノ終局以前ニ於テ有效ニ發生スルモノニ非サレハナリ隨テ民法ノ規定如何ニ拘ラス債務者ノ遲滯債務者ニ對スル判決ノ送達其他ノ事情ハ毫モ債務者ノ選擇權ノ喪失ヲ來ササルモノト知ルヘシ(選擇債權ノ執行)

債務名義ノ内容カ連帶債務ナルトキハ債權者ハ其債務者ノ一人ニ對シ又ハ全員ニ對シテ同時若クハ順次ニ債權ノ全部又ハ一部ノ強制執行ヲ爲スコトヲ得(民法第四三二條)而シテ一部ノ強制執行ヲ爲ス場合ニ於テハ各連帶債務者ノ支拂ハ一部ノ支拂ニ外ナラサルヲ以テ執行力アル正本一通ノミヲ以テ足レリトス第五三五條債務名義ノ内容カ連合債務ナルトキ民法第四二七條ハ各共同債務者ノ支拂ハ債務全部ノ支拂ニ外ナラサルヲ以テ之ヲ支拂ヒタル各共同債務者ハ民事訴訟法第五百三十三條ニ基キ執行力アル正本ヲ迅速更ニ對シ求ムル

第一條 動産ニ對スル強制執行

第一項 通論

金銭ノ債權ニ付キ動産ニ對スル強制執行ヲ説明スルニ先チ強制執行法ニ所謂動産ノ意義動産ニ對スル執行ノ形式動産ニ對スル執行ノ效力等ヲ説明スルニトヲ要ス何トナレハ這ハ本款全體ニ通スル觀念ナレハナリ

(一) 動産ノ意義

動産トハ船舶ヲ除外シタル且ツ不動産ニ對スル強制執行ノ目的ト爲ラサル債務者ノ財産ナリ故ニ土地及ヒ其定著物民法第八六條並ニ船舶船舶ハ其性質上動産ナリト雖モ民事訴訟法上之ヲ動産中ヨリ除外セタル理由ハ船舶ノ換價ニ關シ法律上特別ノ手續ヲ要スルカ爲メナリヲ除ク財産ニヤ有體動産ハ勿論民法第八六條債權民法第六一六條ニ規定シタル權利其他貸借上ノ請求權及ヒ其他ノ財産殊ニ未タ土地ヨリ分離セタル果實第五六八條第五八四條ヲ指示ス然

レトモ不動産ノ從物タル動産ハ茲ニ所謂動産中ニ包含セラルカリ民法第八七條何トナレハ斯ル動産ハ不動産ニ對スル強制執行ニ依リテ處分セララルモハナレハナリ民法第八七條第二項

(二) 執行ノ形式

動産ニ對スル強制執行ノ形式ハ差押ナリ(第五六四條)獨逸舊民事訴訟法第七〇八條第一項(差押トハ「アルンプルヒ」ヘルマン氏等ノ説明スルカ如ク債權者ノ利益ノ爲メ即チ請求ノ保全ノ爲メニ強制執行ノ目的物ニ關スル債務者ノ處分ヲ失フノ行爲ナリ故ニ債務者ハ差押物ニ付キ自由ニ處分ヲ爲スコトヲ得ス差押ノ方法ハ差押物ノ種類ニ因リテ各異ナレバ有體動産ニ關シテハ執達吏ノ占有ニ依リテ差押ヲ爲シ第五六六條)獨逸舊民事訴訟法第七一二條)同新民事訴訟法第八〇八條)債權其他ノ財産權ニ關シテハ執行裁判所ノ差押命令ニ依リテ差押ヲ爲ス(第五九四條)以下獨逸舊民事訴訟法第七二九條)同新民事訴訟法第八二八條)差押ノ意義及ヒ方法

求テ債權者ニ辨濟スル爲メ即チ債權者ニ満足ヲ得セザルカ爲メ及ヒ強制執行ノ費用ヲ償フ爲メニ必要ナルモノノ外ニ及ホスコトヲ得ス蓋シ若シ然ラスンハ故ナク債務者ヲ害スルニ至ルヲ以テナリ第五六四條第二項獨逸舊民事訴訟法第七〇八條第一項同新民事訴訟法第八〇三條第一項第二ニ差押フヘキモノヲ換價スルモ強制執行ノ費用ヲ償フヲ剩餘ヲ得ルヲ見込ナキトキハ差押ヲ爲スコトヲ得ス蓋シ無用ノ勞力ト費用トヲ費スニ止マレヤナリ(第五六四條第一項第二項商法第九八二條獨逸舊民事訴訟法第七〇八條第二項同新民事訴訟法第八〇三條)隨テ換價スルコト能ハサル財産ニ關シテモ亦差押ヲ爲スコトヲ得ス差押ノ程度及ヒ禁止

過度ノ差押禁止及ヒ剩餘アル場合ニ非ズンハ差押ヲ許ササルコト(第五六四條第二項第三項)ハ通則ナルヲ以テ有體物ノ差押ノミナラス又無體物即チ債權ノ差押ニモ適用セラル是ヲ以テ過度ノ差押ヲ爲ササルカ爲メニ執達吏ハ有體物ノ差押ヲ爲スニ際シ債權ヲ評價シ又執行裁判所ハ顯著ナル事情及ヒ債權者ノ主張シタル情況ニ從ヒテ債權ノ價額ヲ評價セサルヘカラス而シテ債權ハ特別ノ

價額ナキトキハ勞而額ニ依ルヘキヤ當然ナリ差押ラズキ債權額ヲ超過スル請求ノ爲メニ差押ヲ爲ストキハ債權全體ヲ差押ヲ爲スコトヲ得然レトモ債權者ハ債務者ノ強制執行ニ於テ強制執行ノ目的物ニ代ルヘキ擔保ヲ供シタルニモ拘ラス(特定金額ノ供託ノ如キ)尙ホ差押ヲ爲シタルトキハ其差押ハ過度ノ差押トシテ法律上有効ナラス多數ノ連帶債務者ニ對シ差押ヲ爲ス場合ニ於テハ過度ノ差押ヲ禁止ハ各差押ニ對シテノミ行ハルモノトス故ニ連帶債務者ノ一員ハ債權者カ他ノ共同債務者ニ對シ差押ヲ爲シタルカ爲メニ完全ニ辨濟セラレヘキコトヲ理由トシテ執行ニ對スル異議ノ申立ヲ爲スコトヲ得ス蓋シ債權者ハ債權ノ完済ヲ受クルマテ各連帶債務者ニ對シ債權全部ノ辨濟ヲ求ムルコトヲ得而シテ單純ナル差押ハ毫モ辨濟ノ效力ヲ生セシムルモノニ非サレハナリ有體物及ヒ無體物ニ對シ同時ノ差押ヲ爲ス場合ニ於テモ亦過度差押ヲ禁止ニ關スル方法カ行ハルルヤ當然ナレハナリ剩餘ヲ得ルヲ見込ナキカ爲メニ差押ヲ爲スヘキモノニ非サルヤ否ヤニ關シテハ執達吏ハ剩餘ノ有無ヲ判斷シ又必要ノ場合ニハ執行裁判所ハ第五百四十四條ノ規定ニ從ヒテ之ヲ判斷ス而シ

ヲ鑑定ニ依レル差押物ノ評價ハ法律上高價物ニ對シテノミ要求セラレタルヲ以テ其他ノ差押物ニ關シテハ特別ノ理由アル場合ニ限リ之ヲ爲スモノト知ルヘシ以上ノ法則第五六四條第二項第三項ニ反シテ爲シタル差押ハ法律上當然無効ト謂フヲ得ス唯債務者カ第五百四十四條ノ規定ニ從ヒテ執行裁判所ノ保護ヲ求ムルノ原因ト爲ルノミ(差押物ノ評價ハ其ノ價額ノミニ非ズ其ノ性質ニ依リテ執行ノ效力ヲ受ケルモノト爲ス)執行ノ效力即チ差押ノ效力トシテ獨逸民事訴訟法ハ羅馬法ト同シク差押債權者ニ質權ヲ取得セシメタレトモ(獨逸新民事訴訟法第八〇四條同舊民事訴訟法第七〇九條同)民事訴訟法第六五六條以下瑞西執行法第八八條以下ノ同シク差押債權者ニ質權ヲ取得セシメタリシ蓋シ我民法ハ佛蘭西民法ト同シク債務者ノ總財產ハ總債權者ノ共同擔保トシテノ法理ヲ認メタルヲ以テ理論上差押ニ質權發生ノ效力ヲ認ムルコト能ハサルハナリ雖チ差押物ノ賣得金ハ各債權者ニ平等的ニ配當セラルモノト知ルヘシ然レトモ之カ爲メニ差押ハ何等ノ效力

ヲ發生セサルモノト解スヘカラズ債務者カ破產宣告ニ依リテ破產財團ニ屬スル財產ヲ管理處分スルコト能ハサルト同シク差押ニ依リテ差押目付タル財產ヲ處分スルコト能ハサルノ效力ヲ生ズ蓋シ斯ノ效力ヲ發生スルコトヲ欲シハ請求ノ保全ヲ爲スコト能ハサルヲ當然ナル以テナリ差押意義參考上擔保權ヲ有スル第三者ハ擔保ノ目付上ニ行ハルヘキ差押ヲ妨タルモノト得ス何レナレハ擔保權者ハ民事訴訟法第五百四十九條ニ規定シタル權利ヲ有スルニ非スシテ却テ擔保ノ目付物ノ賣得金ヨリ優先的排濟ヲ受タル權利アルニ止マレハナリ然レトモ擔保ノ目付物ヲ占有セタル擔保權者ハ其占有カ自己占有タルト代理占有タルトヲ問ハス差押ヲ妨ケ又必要ノ場合ニハ民事訴訟法第五百四十九條ニ規定シタル權利ニ基キ異議ヲ申立ツルコトヲ得ヘシ(第五四九條引渡ヲ妨タル權利)殊ニ擔保權者ハ自己カ擔保ノ目付物ヲ占有セタル場合ニ於テ第五百六十六條及ヒ第五百六十七條ノ規定ニ從ヒテ目付物ノ提出ヲ拒ミ事實上差押ヲ妨タルコトヲ得ヘシ而シテ此差押ヲ妨タル權利ハ民事訴訟法第五百四十四條ニ依リテ主張スルモノヘカラス是ヲ以テ差押ヲ妨タルコトヲ得サル擔保

權ヲ有スル第三者ハ先取特權又ハ占有ヲ喪失シタル質權者ノ如キ差押ノ當時擔保ノ目的物ヲ占有セザリシ權利者ナリト論結セラルヘカラス(第五六五條第一項上段獨逸舊民事訴訟法第七一〇條上段)又ハ前掲ノ理由ニ依リテ、民事訴訟法擔保ノ目的ヲ占有セサル第三者ハ此ノ如ク差押ヲ妨クルヲ得サルヲ以テ我民事訴訟法ハ獨逸民事訴訟法ト同シタスル第三者ノ利益ノ爲メニ擔保セラレタル債權ノ要求期ニ達シタルト否トラ問ハス差押物上ノ賣得金ニ付キ優先的辨済ヲ受クル訴訟法上ノ訴權ヲ認メタリ此訴權ハ擔保權ノ目的ヲ占有シ且ツ差押ヲ妨クル權利ヲ行使セザリシ第三者モ亦之ヲ有スルヤ當然ナリ況ヤ論法)但シ此第三者ハ優先的辨済ヲ求ムル訴權ト民事訴訟法第五百四十九條ニ規定シタル執行參加訴權トヲ併合スル能ハス何トナレハ民事訴訟法第五百六十五條ニ規定シタル優先的辨済ヲ求ムル訴ハ差押ニ因リテ生シタル賣得金上ニ優先的辨済ヲ受クルヲ目的トシ隨テ有效ナル差押ト差押物ノ賣却トヲ要件トシ擔保權固有ノ實行ニ非サルヲ以テナリ(第五六五條第一項下段獨逸舊民事訴訟法第七一〇條末項同新民事訴訟法第八〇五條末項)優先的辨済ヲ求ムル訴ヲ認

シタル立法上ノ理由

ハ優先的辨済ヲ求ムル訴ハ執行訴訟ニシテ確認訴訟ニ非ス何トナレハ此訴ハ民事訴訟法第五百四十九條ニ規定シタル訴ト同シク給付ヲ目的トスル訴訟トシテ提起スルコトヲ得ルノミナレハナリ又優先的辨済ヲ求ムル訴ハ質權訴訟ノ如ク質物ノ引渡ヲ目的トセシテ賣得金上ニ優先的辨済ヲ受クルヲ目的トス(賣得金ハ差押並ニ賣却費用ヲ控除シタル純粹ノ賣得金ヲ指示ス蓋シ民事訴訟法ハ差押ノ適法ナルコト及ヒ有效ナルコトヲ前提要件ト爲セハナリ之ヲ換言スレハ原告カ賣得金上ニ擔保セラレタル債權額ノ優先的辨済ニ關スル被告ノ承認ヲ目的トス而シテ訴ノ提起モ賣得金カ差押債權者及ヒ配當要求債權者間ニ分配セラレタルトキハ此訴ハ第九十六條第三ノ適用ニ依リテ配當セラレタル賣得金ノ返還ヲ目的トスル訴ニ變更セラルモノナリ)優先的辨済ヲ求ムル訴ノ性質ハ質權訴訟ト異ナルモノナリ又質押金カ賣得金上ニ優先的辨済ヲ求ムル訴ハ二前提要件ヲ具備セサルヘカラス其第一ハ原告カ實體法ノ規定ニ從ヒテ擔保權ヲ有シ其第二ハ起訴ノ當時未タ執行手續カ終結

セタルコト即チ是ナリ蓋シ前示ノ訴ハ差押ニ因リテ擔保權ヲ有スル第三者ハ對シ發生シタル法律關係ニ原因スルモノナリ以テ原告ハ擔保權ヲ有スルコトヲ要シ又執行手續ノ終結セサルコト即チ賣得金カ現存シテ債權者カ未タ賣得金上ノ權利者ト爲ラザルコトヲ要スルヤ當然ナルヲ以テナリ而シテ擔保權ヲ有スル第三者ハ執行手續ノ終結ニ因リテ民事訴訟法第五百六十五條ノ規定シタル訴權ヲ喪失スルト雖モ之カ爲メニ民法上ノ原則ニ從ヒテ有スル權利ヲ喪失スルモノニ非ス故ニ第三者カ賣得金ノ領取者ニ對シ民法ニ從ヒテ不當利得ニ基ク訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ優先ノ辨濟ヲ求ムル訴ヲ前提要件ノ優先ノ辨濟ヲ求ムル訴ノ原告ハ擔保權ヲ有スル第三者ニシテ又被告ハ第五百四十九條ニ規定シタル訴訟ニ於ケルカ如ク差押ヲ爲シタル債權者ナリ是レ前ニ述ヘタル優先ノ辨濟ヲ求ムル訴ヲ認メタル立法上ノ理由ヨリ生スル當然ノ結果ナリ而シテ債務者カ原告ノ主張シタル擔保權ノ有無ヲ爭ヒタルトモ原告ハ優先ノ辨濟ノ原因タル民法上ノ請求權ヲ確證セシムルノ利益ヲ有スルヲ以テ債權者ニ對スル優先ノ辨濟ヲ求ムル訴ト併合シテ債權者ニ對シ確證訴

ヲ提起スルコトヲ得ヘシ第五六五條第二項下段第五百四十九條ノ規定ニ從ヒテ第五四九條第一項及ヒ第二項適用(優先ノ辨濟ヲ求ムル訴ノ當事者)

優先ノ辨濟ヲ求ムル訴ハ土地ノ管轄トシテハ執行裁判所ニ專屬シ(第五六三條)事ノ管轄トシテハ訴訟ノ目的ノ價額ニ依リ或ハ區裁判所或ハ地方裁判所ニ屬ス第五四九條第三項管轄裁判所カ原告ノ請求ヲ正當ト認メタル判決ヲ爲シタルトキハ原告ハ之ニ依リテ執達吏又ハ供託所ヨリ賣得金ヲ取立ツヘキ權利ヲ有ス蓋シ擔保セラレタル債權額ヲ限リテ賣得金ニ對スル被告ノ權利ハ斯ル判決ニ依リ原告ノ利益ノ爲メニ除外セラレタルヲ以テナリ(優先ノ辨濟ヲ求ムル訴ノ管轄裁判所及ヒ判決ノ效力)

優先ノ辨濟ヲ求ムル訴ニ於テハ強制執行ノ停止又ハ制限ヲ目的トスル申立ヲ爲スコトヲ得ス何トナレハ此訴訟ハ強制執行ノ實施ヲ前提要件ト爲セザナリ茲ヲ以テ法律ハ原告ノ利益ノ爲メニ請求ノ爲メ主張シタル事情カ法律上理由アリト見ユ且事實上ノ點ニ付キ確明アリタルトキハ裁判所ニ賣得金ノ供託ヲ命スヘキ旨ヲ規定シ以テ原告ニ供託命令ヲ求ムルノ權利ヲ與ヘタリ而シテ此

權利ノ實行ニ關シテハ民事訴訟法第五百四十七條及第五百四十八條ノ規定ヲ準用スルヲ以テ原告ハ優先ノ辨濟ヲ求ムル訴ヲ提起シタル以後ニ於テ供託命令ヲ求ムルノ申立ヲ受訴裁判所ニ對シテ爲スヘク又優先ノ滿足ヲ求ムル訴ノ提起以前ニ於テハ急迫ナル場合ニ限りテ執行裁判所ハ原告ノ申立ニ因リ受訴裁判所ノ裁判ヲ提出セシムルカ爲メニ相當ノ期間ヲ定メテ供託ヲ命ズルコトヲ得ヘシ供託命令アリタルトキハ執達吏ハ賣得金ヲ供託所ニ供託セサルヘカラス又供託命令ノ執達吏ノ賣得金ノ受領カ債權者ヲ拂受領ノ效力ヲ有ス而シテ受訴裁判所ハ原告ノ訴ヲ却下スル場合ニ於テ此供託命令ノ取消ヲ言渡スヘキモノタルヤ言ヲ埃タス(供託命令)(供託所)(賣得金)(受領)(受訴裁判所)

第二項 有體動産ニ對スル強制執行

有體動産ニ對スル強制執行ニ於テハ差押ノ目的及ヒ其手續並ニ差押後ノ手續ヲ研究セサルヘカラス蓋シ我民民事訴訟法第五百六十六條以下ハ獨逸民事訴訟法ト同シタ此等ノ事項ヲ規定スルモノナリ(有體動産)(強制執行)(差押)(手續)(獨逸民事訴訟法)

第二項 有體動産ニ對スル強制執行

有體動産ニ對スル強制執行ニ於テハ差押ノ目的及ヒ其手續並ニ差押後ノ手續ヲ研究セザルヘカラス蓋シ我民事訴訟法第五百六十六條以下ハ獨逸民事訴訟法ト同シタ此等ノ事項ヲ規定セタレバナリテ獨逸法四百四十五條及四百四十六條ニ對シテ

(A) 差押ノ目的物及ヒ差押ノ手續ハ、右條中ニ規定セラルルモノトシテ、債務者若クハ債權者又ハ提出ヲ拒ヤサル即チ引渡ヲ承諾セタル第三者ノ占有中ニ在ル有體動産ノ差押ハ執達力有體動産ヲ占有スルニ依リテ之ヲ爲ス第五百六十六條第五六七條獨逸舊民事訴訟法第七一二條第七一三條同新民事訴訟法第八〇八條第八〇九條有體動産トハ土地及ヒ其定著物以外ノ有體物ナリ第五八一條民法第八六條債務者ノ占有中ニ在ル有體動産ヲ差押フルコトヲ得ル理由ハ有體動産ハ債務者ノ財産ニ屬シ隨テ債權者ヨリ差押ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ニ關シテハ先ツ外形上容易ニ知リ得ヘク且ツ事物ニ普通ナル一般ノ權利狀態ヲ表彰スルニ適當ナル占有民法第一八八條ヲ以テ準據ト爲サルヲ得タルニ在リ蓋シ裁判官ニ非タル執達吏ニ對シ債務者ト有體動産トノ法律關係調査ヲ委任スルコト能ハサレハナリ

獨逸舊民事訴訟法第五百六十六條ニ所謂占有トハ所持者ヲ常ニ他人此法意ヨリシタ民事訴訟法第五百六十六條ニ所謂占有トハ所持者ヲ常ニ他人ノ干涉ヲ排斥シタ處分行爲ヲ爲スコトヲ得ヘキ地位ニ在ル有體動産ニ對スル事實上ノ支配ヲ指示スルモノト謂フコトヲ得但シ所持者自己カ占有スルト第

（A）差押ノ目的物及ヒ差押ヲ手續ルモノハ、古來中ニテハ、債權者若クハ債權者又ハ提出ヲ拒マサル即チ引渡ヲ承諾セタル第三者ノ占有中ニ在ル有體動産ノ差押ハ軌速力有體動産ヲ占有スルニ依リ之ヲ爲ス第五六六條第五六七條調逸書民事訴訟法第七一二條第七一三條同新民事訴訟法第八〇八條第八〇九條有體動産トハ土地及ヒ其定著物以外ノ有體物ナリ（第五八一條民法第八六條債務者ノ占有中ニ在ル有體動産ヲ差押フルコトヲ得ル理由ハ有體動産力債務者ノ財産ニ屬シ隨テ債權者ヨリ差押ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ニ關シテハ先ツ外形上容易ニ知リ得ヘキ且ツ事物ニ普通ナル一般ノ權利狀態ヲ表彰スルニ適當ナル占有民法第一八八條ヲ以テ準據ト爲サルヲ得タルニ在リ蓋シ裁判官ニ非タル軌速ニ對シ債務者ト有體動産トノ法律關係調査ヲ委任スルコト能ハサレハナリ相違ニ無キハ然レモ然レモ當該動産對該此法意ヨリシタ民事訴訟法第五百六十六條ニ所謂占有トハ所持者カ常ニ他人ノ干渉排斥シテ處分行爲ヲ爲スコトヲ得ヘキ地位ニ在ル有體動産ニ對スル事實上ノ支配ヲ指示スルモノト謂フコトヲ得但シ所持者自己カ占有スルト第

三者ヲシテ占有ニシムルハ法律上問フ所ニ非タルヲ言フ埃タス故ニ船荷證券ニ依ル處分行爲ノ可能ヲ如キ茲ニ所聞占有ナリト謂フコト能ハサルヘシ此ノ如ク執達吏カ有體動産ノ差押ヲ爲スニ債務者ノ占有ニテ以テ足レトスルカ故ニ差押ハ其目的物カ第三者ノ財産ニ屬スル場合ト雖モ當然違法ト爲ルモノニ非ス執達吏ハ法律上差押ヲ爲スナラハカラサルノ責任ヲ負フ是ヲ以テ自己ニ占有ナクシテ差押物ノ讓渡ヲ妨グル權利ヲ有スル者ハ民事訴訟法第五百四十九條ニ規定タル訴ヲ提起スルコトヲ得ヘク又債務者ノ爲メニ非スシテ自己ノ爲メニ占有シタル第三百三條ハ自己ノ選擇ニ從ヒ或ハ第五百四十四條ニ規定タル異議ヲ申立テ又ハ差押ニ依リ自己ノ占有ヲ害セラレタルヲ理由トシテ民事訴訟法第五百四十九條ニ規定タル訴ヲ提起スルコトヲ得占有ハ實踐ノ如ク有體動産ニ對スル事實上ノ支配ニ外オラサルヲ以テ第三百三條人カ占領シタル住家内及ヒ外形上區分セラルル室内ニ在ル動産其他衣袋籠等ノ中ニ存在シタル總テノ物件ハ外形上認識ヲ得ヘキ方法ニ於テ他人ノ事實上ノ支配ヲ受ケザル物ナル以上ハ其本人ノ占有中ニ在ルモノト謂ハサルヲ得ス故

ニ賃借シタル住家内ニ在ル賃借人ノ所持スル動産ハ賃借人ノ占有ニ屬シ宿泊時間ノ長短ヲ問ハス貸付セラレタル旅客用室内ニ於テ旅客ノ所持スル動産ハ其旅客占有ニ屬シ主人ノ住家ニ同住スル雇人ノ携帶シタル動産ハ其雇人ノ占有ニ屬シ又同商ノ携帶スル商品ハ其同商ノ占有ニ屬スルモノト謂フヘシ第二百住家内ノ各室内ニアル物件ニシテ戸主又ハ家族ノ何レニ屬スルヤ不分明ナルトキハ戸主ヲ以テ物件ノ占有ナリト推定ス民法第七四八條第二項ニ依リ故ニ家族ニ對スル債務名義ヲ以テ戸主ノ占有ニ屬シタル家族ノ財産ニ對シテ爲シタル差押ハ不適法ナリ唯此場合ニ於テハ強制執行ハ債務者タル家族カ戸主ニ對シテ有スル物件ノ引渡請求權ヲ差押フルニ依リテ行ハルモノミ又戸主ハ住家中ノ家具ノ備付アル部屋ヲ家族ニ給與シタル場合モ亦其室内ニ在ル財産ノ占有者ナリ但シ家族カ其給與セラレタル部屋ヲ專屬的ニ使用スル場合ハ此限ニ在ラス然レトモ家族カ別居シテ生計ヲ營ミ又ハ獨立シテ營業ニ從事シタル場合ニ於テハ其家族カ住家又ハ店舗内ニ存在シタル目的物ノ占有者タルヲ言フ埃タス雇人ハ戸主ヨリ自己ニ給與セラレタル部屋内ニ在ル物件ノ占有

者ナリ但シ使用者タル戸主ヨリ特ニ展借關係ノ目的ヲ達スルカ爲メニ交付セラレタル物件ニ關シタル此限ニ在ラス然レトモ雇人カ該物件ヲ使用者ノ住家ヨリ違ケ且ツ其實上勢力ノ及ハサル場所ニ運搬シタル時ハ使用者ヲ以テ占有者ナリト認ムルコト能ハサルベシ第三ニ差押物カ多數人ノ共同占有ニ屬シ且ツ債務名義カ其共同占有者一人ノミニ對シ行ハルモモタナラトキハ差押ハ不適法ナリ何トナレハ斯ル差押ハ他ノ共同占有者ノ占有ヲ害シ且ツ此占有者ハ第三者トシテ民事訴訟法第五百六十七條ニ規定シタル權利ヲ主張スルコトヲ得ヘケレバナリ第四ニ債務者カ雇人又ハ製造所職工モタ他人ノ住家又ハ製造所ニ住居シタルトキハ占有物ヲ差押フルカ爲メニ執達吏ハ使用者ノ住家又ハ製造所主人ノ製造所内ニ立入ルノ權アリ何トナレハ斯ル場合ハ執達吏カ第三者ノ占有中ニ在ル物ヲ差押フルモノト謂フコト能ハサルノミナラス此際ハ差押ノ目的ノ爲メニ第三者ノ住居内ニ立入ルコトヲ禁止セザレバナリトハ論結ヲ爲スコトヲ得ベシ

債權者ノ占有中ニ在ル物ノ差押ヲ爲スコトヲ得ル理由ハ元來差押ハ債權者ノ

利益ノ爲メニ爲スモノナルヲ以テ差押債權者カ質權者又ハ留置權者トシテ差押フヘキ有體動產ヲ占有シタル場合ニ於テ差押ヲ爲スモ爲メニ債權者ノ利益ヲ害スルコトナケレハナリ提出ヲ拒マサル第三者ノ占有中ニ在ル有體動產ハ差押ヲ爲スコトヲ得ル理由ハ差押ヲ爲スモ第三者ノ權利ヲ害スルコトナケレハナリ第三者ノ占有中ニ在ル物ヲ差押フルニハ第三者カ差押物ノ提出ヲ拒マサルコトヲ前提要件トシ提出ヲ拒マサルコトハ引渡ノ承諾ニシテ差押ヲ耐忍スル意義ノ承諾ニ非ス此承諾ハ或ハ明示的ニ或ハ默示的事情ニ依リ成立スルコトヲ得ヘク又事後ニ於テ成立スルコトヲ得シ蓋シ法律ハ事後承諾ヲ除外スル旨ヲ規定セザレハナリ第三者カ引渡ヲ承諾シタルトキハ差押ニ依リテ占有ヲ喪失ス而シテ第三者カ斯ル承諾ヲ爲シタルカ爲メニ債務者ニ對シテ責任ヲ負フモノナルヤ否ヤハ占有ノ權利原因ヲ規定シタル法ニ依リテ決定ス但シ第三者カ條件附提出ノ承諾ヲ爲シタルトキハ其條件成就マテハ提出ヲ拒ミタルモノト謂ハサルヘカラス之ニ反シテ第三者カ引渡ヲ承諾セタルトキハ執達吏ハ差押ヲ爲スコトヲ得サルヤ當然ナリ唯執達吏ハ此場合ニ於テ手續ノ進行ヲ

調査ニ記載シ之カ原本ヲ債權者ニ交付スヘキノミ而シテ執達吏カ第三者ノ拒絕アルニモ拘ラス差押ヲ爲シタルトキハ其差押當然無効ニ非ズ却テ第三者カ或ハ民事訴訟法第五百四十四條ニ則テ執行裁判所ノ處分ヲ求メ或ハ民事訴訟法第五百四十九條又ハ第五百六十五條ノ要件ノ存スル場合ニ於テ異議ノ訴又ハ優先ノ辨濟ヲ求ムルノ訴ヲ起ササルヘカラス但シ此權利ハ第三者カ有效ナル占有ヲ爲シタルニ因リテ發生スルモノナルカ故ニ第三者ノ占有ヲ正當カラシムル行爲カ無効又ハ取消サレタルトキ或ハ第三者カ惡意ノ占有者ナルトキハ存在スヘキモノニ非サルヤ當然ナリ第三者ノ異議ノ結果トシテ差押カ許サレタルトキハ執行ハ民事訴訟法第六百十四條ノ規定ニ則リテ債務者ノ第三者ニ對シテ有スル有體物ノ引渡ヲ目的トスル請求權上ニ行ハル又債權者ハ差押ヲ爲スモ第三者カ異議ヲ申立フヘキコトヲ豫期シタルトキハ豫メ差押ヲ爲スコトナク債務者カ占有者タル第三者ニ對シ有スル有體物ノ引渡ヲ目的トスル請求上ニ執行ヲ爲スコトヲ得ベシ然レモ差押ハ當然ノ執行ノ趣旨ニ依リテ有體動産ノ差押行爲ハ前ニ述ベタルカ如ク執達吏ノ占有ナリ是ハ債權者ノ請

求保全ノ確實ヲ期スルカ爲メナリ執達吏ノ占有ハ執達吏カ差押ヘキ物件ヲ債務者債權者又ハ第三者ノ占有ヨリ分離シテ第一ニ自己又ハ第三者ニ依リテ占有スルカ第二ニ封印其他ノ方法例ヘハ執達吏ノ署名捺印ヲ備ヘタル告示書ヲ差押物ニ添附スルカ如キ方法ヲ以テ外形上認識シ得ヘキ記號ヲ差押物ニ附シテ差押ヲ爲シタルコトヲ明白カラシメ以テ差押物ヲ債務者債權者及ヒ第三者即チ從來ノ占有ニ保管セシムルニ因リテ成立ス第一ニ執達吏カ自己ニテ又ハ第三者ニ依リテ爲ス占有ハ執達吏カ差押ヘキ物ニ付キ事實上ノ支配ヲ爲スノ地位ニ在ルニ因リテ成立ス故ニ單純ナル差押ノ意思表示又ハ假容占有ノ如キハ差押ノ效力アル占有トシテハ法律上不十分ナリト謂フヘシ此方法ニ依レル差押ハ主トシテ差押ノ目的物カ金錢高價物及ヒ有價證券ナル場合ニ行ハル第五七九條第五八一條第五七三條高價物ハ執達吏カ占有スルニ非スシテ差押債權者ニ危害ヲ被ラシムルニ至ルヘシ獨逸新民法第八〇九條第一項第二ニ從來ノ占有者ニ保管セシムル差押ハ債權者ノ承諾アルトキ又ハ差押物ノ運搬ヲ爲スニ付キ重大ナル困難アルトキタリ要ス債權者ハ自己ノ利害ニ從ヒ

債務者ニ保管セラルルニ付テ危害ノ有無ヲ判斷スルニ得ルヲ以テ債權者ノ承諾ヲ得トキニ差押物ノ債務者其他從來ノ占有者ニ保管セラルルニ爲メニ債權者ノ保護ニ供スル所ナクシテハナリ債權者ノ承諾ノ意思ヲ明示又ハ默示ニテ表示シ又爾後何時ニテモ取消スルヲ得執達吏ハ之ヲ證明ノ爲メニ圖書ニ記載セラルヘカラス蓋シ目録野々金額高知等ノ付置被禁ナル組合ニ運搬ヲ爲スニ付キ重大ナル困難アルトキ即チ運搬ノ方法ナキ力又ハ差押物ヲ保存スルニ適當ナル場所ナキ力或ハ差押物ノ運搬費及ヒ賣却マテノ保存費カ差押物ノ價額ト權衡ヲ得タルカ如キ場合ニ於テハ執達吏ハ當事者ノ利益ノ爲メニ債務者ハ其他從來ノ占有者ニ差押ノ目的物ヲ保管セシメテ差押ヲ爲ス而シテ執達吏ハ封印其他ノ方法ヲ以テ差押ヲ明白ニスルトキニ限リ其效力ヲ生スルカ故ニ差押ヲ明白ニ爲スルトハ不十分ナルキ殊ニ執達吏カ差押物ヲ提出セシメ且爾後差押ノ爲メニ占有スル旨ヲ表示シタルニ止メタル如キ場合ニ於テハ差押ノ要件ヲ缺クヲ以テ當然無効ナル隨テ爾後ノ占有及ヒ差押物ノ賣却等ニ由リテ有效ト爲ルヘキモノニ非ス而シテ執達吏ハ此ノ如キ不十分ナ

ル差押ヲ爲シタル場合ニ於テ損害ヲ生シタルトキハ債權者ニ對シ賠償ヲ爲スヘキ責ヲ負フヤ言フ換タス(第五三二條)此債務者其他從來ノ占有者ノ保管ニ依レル差押ハ主トシテ差押ノ目的物カ金錢高價物及ヒ有價證券ニ非ナル場合ニ行ハル(第五六六條)第二項第五六七條)獨逸新民事訴訟法第八〇八條)第二項第八〇九條)又ハ日本民事訴訟法第六二條)第一項)ニ依リテ執行ノ效力ニ執達吏ハ以上ノ方法ニ從ヒテ差押ヲ爲シタルトキハ債務者カ立會テ爲ササル場合ニ限リテ之ニ差押ヲ爲シタル旨ヲ通知スル(第五六六條)第三項)第五六七條)此通知ハ執達吏ノ職責ニ外ナラサルヲ以テ之ヲ缺クモ爲メニ差押ノ效力ニ關係スル所ナシ(第五四〇條)第五四一條)又差押物保存ノ爲メ特別ノ處分ヲ必要ト爲ストキハ適當ノ方法ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得而シテ之カ爲メニ費用ヲ要スルトキハ(例ヘテ差押物カ家畜ナルトキハ)之ヲ保存スルニ必要ナル場所ヲ賃金飼養料及ヒ保管人ノ給料等ノ類)債權者ヲシテ之ヲ豫約セシメ又債權者數名アルトキハ其要求額ノ割合ニ應ジテ其各債權者ヨリ之ヲ豫納セシム(第五七一條)民法第六四九條)債權者カ其義務ヲ履行セサルトキハ執達吏ハ差押ヲ解クニ

トヲ得何トナレハ執達吏ハ債權者ノ爲メニ立替フ爲スノ義務ナクハナリ其他執達吏ハ差押ヲ爲セタル以上ハ強制執行ノ停止命令アリタル場合ニ於テモ差押物ヲ債務者其他從來ノ占有者ヨリ分離シテ特定ノ場所ニ運搬スルノ手續ヲ止ムルコトヲ得ス蓋シ強制執行ノ停止命令ハ反對ノ明記ナキ以上ハ從來ノ占有者ヨリ差押物ヲ分離シ執達吏カ之ヲ占有スルノ手續ヲ妨タルノ效力ナクハナリ又差押物ヲ從來ノ占有者ノ占有ニ移スコトモ特別ナル裁判所ノ命令ニ依リ行ハルモノト謂フヘシ差押ノ發生ニシテハ債權者ハ差押ニ因リテ差押物ノ占有者ト爲ル何トナレハ執達吏ハ職務上代理人トシテ債權者ニ代リテ差押物ヲ占有スルモノナリ故ニ債權者ハ差押ヲ保全スルカ爲メニ占有ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ差押ノ效力

第一ニ差押ハ民事訴訟法第五百五十一條ノ規定ニ依リ執行處分ノ取消ニ依リテ消滅ス故ニ執達吏ハ執行裁判所又ハ抗告裁判所ノ命令ニ依リテ債務者又ハ其代理人ニ差押ヘタル存続財産ヲ交付シタルトキハ差押ノ消滅ヲ來スヘシ

債權者カ執達吏ニ對シ差押ノ解放ヲ爲ス旨ヲ申立タル場合モ亦然リ蓋シ執達吏ハ法律上差押ヘタル動産カ差押フルコト能ハナリシヤ否ヲ判斷スルノ能力ナキヲ以テ裁判所ノ命令ナクシテ差押ヘタル動産カ第五百七十條ノ規定ニ從ヒテ差押フルコトヲ得サルモノトシテ爾後債權者ニ返還スルノ權ナカルヘク又債權者ノ申立アル場合ニ於テ差押ノ解放ヲ爲スコトヲ得ルハ不干涉主義ノ適用ノ結果トシテ當然ナルヘケレハナリ而シテ差押ヲ免レシムヘキ物件ハ執達吏カ占有シタル場合ニ於テハ目下之ヲ債務者ニ交付スヘク又第五百六十六條第二項ノ規定ニ從ヒテ債務者カ保管シタル場合ニ於テハ執達吏カ封印其他ノ差押ヲ明白ニスル表示ヲ除去セサルトキニ限リテ差押ノ解除ノ通知アラタニ依リ自ラ斯ル表示ヲ除去スルコトヲ得ヘシ(第五四四條、第五五〇條、第五五一條)債權者ハ差押ヘタル場合ニ於テハ其差押ハ債務者ニ對シ差押權ノ拋棄ヲ表示シタル書面ヲ送達スルニ因リテ消滅スルモノトス(第五九四條、第六一二條)獨逸民事訴訟法第七二九條第七四二條ノ規定ニ從ヒテ其差押ハ執達吏カ差押物ノ賣得金ヲ第二ニ有體動産カ差押ヘラレタルトキハ其差押ハ執達吏カ差押物ノ賣得金ヲ

受取リタルニ因リ消滅ス但シ供託ヲ爲スルハ協合ハ此限ニ在ラズ(第五七九條)
債權カ差押ヘタルタルトキハ其差押ハ債權ノ轉付命令ヲ發シタルコト又ハ取
立命令ニ基キ取立ヲ爲シタルコトニ因リテ消滅ス(第六二二條)
第三ニ差押ハ差押ヘタルタル有體動産及ヒ債權カ混同時効等ニ因リテ消滅ス
又ハ差押ヲ無視スルコトヲ得ヘキ權利ヲ發生スルニ足ルヘキ蓋宣ナル第三者
ノ取得行爲ノ目的ヲ爲リタルトキニ於テ消滅ス(民法第一九二條以下)何トナレ
ハ我民事訴訟法ハ差押ノ消滅ニ付キ前ニ示シタル協合ヲ限テ外特ニ差押ノ消
滅ニ關スル規定ヲ設ケタルヲ以テ民法ノ適用ヲ認メタルモノト謂フコトヲ覺
レハナリ
第四ニ差押ハ拋棄殊ニ債權者若クハ執達吏ノ差押物ノ引渡ニ因リテ消滅ス債
權者ハ何時ト雖モ差押權ヲ拋棄スルコトヲ得ヘシ何トナレハ權利ノ實行ハ權
利者ノ自由ナレハナリ差押權ノ拋棄ハ明示的又ハ默示的ノ行爲ヨリ成ル差押
ノ繼續ヲ明白ニ表示スル方法ヲ施スコトナクシテ差押物カ債務者ノ占有ニ歸
シタルトキ債權者又ハ執達吏カ或ハ此等ノ者ノ同意ヲ以テ債務者又ハ第三者

カ差押ノ表示方法ヲ除去シタルトキハ默示的拋棄ト認ムルコトヲ得ベシ債務
者ハ債務ノ元本利息及ヒ費用ヲ完済シタルトキニ限り債權者又ハ執達吏ハ對
シ差押物ノ引渡ヲ求ムルノ權利ヲ有ス何トナレハ差押物ハ元利及ヒ費用總額
ノ支拂ニ付キ不可分のニ責任ヲ負フモノナルヲ以テナリ然レドモ差押ハ換價
ニ際シ差押以外ノ物件ノ賣得金カ債權者ノ満足ニ供セラレ差押物カ第三者ノ
占領ノ如キ行爲ニ依リ執達吏又ハ保管シタル債權者ノ占有ニ離レ若クハ差押
ヲ明白ナラシムル表示方法カ債務者又ハ第三者ノ行爲ニ因リ或ハ天災ノ如キ
偶然ノ事變ニ因リテ除去セラレ或ハ不明ト爲リタル場合ニ於テハ消滅セザ
ルモノトス隨テ債權者ハ其差押權ヲ債務者又ハ第三者ニ對シ主張スルコトヲ
得ヘシ但シ第三者カ民法第九十二條ノ規定ニ依リ差押物上ニ差押ヲ無効視
スルコトヲ得ヘキ權利ヲ取得シタルトキハ此限ニ在ラズ差押ノ消滅
總テ有體動産ハ差押ノ目的物タルコトヲ得ルモノニ非ス(一)差押物ヨリ生スル
天然ノ果實(二)通常成熟時期ノ前一箇月内ニ在リテ未タ土地ヨリ離レタル果實
(三)多分カ齒ヲ成造スルカ爲メニ掘リ盡ト爲リタル竈ハ差押ノ目的物タルコト

ヲ得レトモ(四)民事訴訟法第五百七十條ニ規定シタルモノ(五)既に差押ヘタル物
ニ差押ノ目的物ト爲ラス(六)既に差押ヘタル物ニ差押ヘタル禽獸ノ兒鉢植木ノ果實等
(一) 差押物ヨリ生スル天然ノ果實例ヘハ差押ヘタル禽獸ノ兒鉢植木ノ果實等
カ差押ノ目的物タルコトヲ得ルハ差押ノ效力ノ結果ナリ第五六九條民法第八
九條

(二) 未タ土地ヨリ離レサル果實ハ羅馬法及ヒ獨逸ノ普通法ニ依レハ獨立シテ
差押ノ目的物タルコト能ハナリキ何トナレハ此果實ハ其從屬スル土地ヨリ獨
立シタル成分ヲ爲ササルヲ以テ單獨的ニ讓渡スルコト能ハナリシヲ以テナリ
佛國民事訴訟法第六百二十六條獨逸新民事訴訟法第八百十條同舊民事訴訟法
第七百十四條等ニ依レハ強制執行ニ關シテノ之ヲ單純ノ動產ト看做シタリ
我民事訴訟法第五百六十八條第一項モ亦然リ是レ蓋シ有體動產ニ對スル強制
執行ハ不動產ニ對スル強制執行ニ比シ極メテ簡便ナルヲ以テ前者ノ範圍ヲ擴
張シタルニ外ナラサルヘシ但シ土地ヨリ未タ離レサル果實ハ法律上不動產タ
ルノ性質ヲ失ハサルヲ以テ不動產ニ對スル強制執行ノ目的ト爲ルコトヲ得ル

ハ言フ塊タル所ナリ

土地ヨリ離レサル果實ハ直接又ハ間接ニ土地ニ接著シ且ツ通常ノ成熟期アル
天然ノ產出物ヲ指示ス故ニ栽培の果實耕作の果實等ハ茲ニ所謂果實ニ屬スレ
ドモ定期又ハ不定期ニ伐採スベキ薪材ハ之ニ反ス何トナレハ斯ル物件ハ通常
ノ成熟時期ナルモノナケレハナリ(果實ノ意義)

土地ヨリ未タ分離セサル果實ノ差押ヲ爲スニハ通常ノ成熟時期ノ前一箇月内
ナルコトヲ前提要件トス何トナレハ通常ノ成熟時期ノ前一箇月外ニ在ルモノ
ヲ差押フルコトヲ許ストキハ果實ノ成熟ヲ妨ク經濟上有害タルヲ以テナリ通
常ノ成熟時期ノ前タルヲ以テ足レトシ豫定ノ成熟時期ノ前タルコトヲ必要
トセサル理由ハ軌遠吏ヲシテ客觀的ニ容易ニ差押フヘキ果實ノ成熟時期ヲ認
識スルコトヲ得セシムルカ爲メナリ此要件ヲ缺キタル差押ハ「ガウプ」氏等ノ主
張スル如ク無効ニ非スト謂フヘキモノニ非スシテ「ウキルモースキ」氏等ノ主
張スルカ如ク無効ナリト謂ハサルヘカラス何トナレハ此要件ハ禁止法ニ依リ
テ設ケラレタルモノナルヲ以テナリ隨テ各利害關係人ハ斯ル差押ヲ攻撃スル

コトヲ得(前提要件) 土地ヨリ未タ分離セサル果實ノ差押ハ他ノ有體動產ノ差押ト同シク執達吏ノ占有ニ由リテ之ヲ爲ス而シテ其占有ノ方法ハ果實ノ種類ト其存在地トニ因リテ各異ナラサルヲ得ス庭園ニ在ル果實ヲ占有スルニハ門戸ヲ閉鎖シ其鎖鑰ヲ占有シ且ツ通路ニ差押ヲ爲シタル旨ヲ明示シ耕作地ニ在ル果實ヲ差押フルニハ番人ヲ雇入レ且ツ差押ヲ爲シタル旨ヲ告示書ヲ揭示スルカ如キ即チ是ナリ(差押方法)

(三) 養蠶ハ一ノ家畜ニ外ナラサルヲ以テ有體動產タルヲ言フ埃タス然レトモ其多分カ繭ヲ成造スルカ爲メ揚リ蠶ト爲リタル後ニ非サレハ之ヲ差押フルコトヲ得ス何トナレハ若シ然ラズンハ養蠶ノ成效ヲ妨ケ經濟上有害ナルヲ以テナリ多分カ揚リ蠶ト爲リタルヲ以テ足レタトモ悉ク揚リ蠶ト爲ルコトヲ必要トセス蓋シ二三ノ蠶カ揚リ蠶ト爲ラサルカ爲メニ差押ヲ爲スコトヲ得ナルトキハ執行遲延ノ結果トシテ債權者ヲ害スルニ至ルヲ以テナリ(第五六八條)

(四) 民事訴訟法第五百七十條ニ規定シタル物件ハ之ヲ差押フルコトヲ得ス是

レ蓋シ公益上及ヒ債務者ノ利益上差押ヲ許サレハナリ債務者及ヒ其家族同住家族生計維持ノ爲メニ若シハ債務者ノ職業維持ノ爲メニ缺クハハラサル物トシテ差押ヲ許ササルモノハ(4)衣服寝具家具及ヒ廚具(ロ)一箇月間ノ食料及ヒ薪炭(ハ)技術者畫工音樂師俳優技師等ノ如キ技藝ヲ營業ト爲ス者職工勞役者及ヒ穩婆產婆ノ營業上缺クヘカラサル物(工具衣裳樂器裁縫器械ノ如キ)(ニ)農業者園藝者ヲ包含ス又農業ヲ常業ト爲スコトヲ要件トセスノ缺クヘカラサル農具家畜肥料及ヒ次ノ收穫マツ農業ヲ續行スルカ爲メニ缺クヘカラサル農產物穀物ノ種子養蠶ノ種紙等ノ如キ(民事訴訟法第五百六十八條第一項ニ從ヒ差押フルコトヲ得ル果實ト雖モ次ノ收穫マツ農業ヲ續行スルカ爲メニ缺クヘカラサルモノハ差押ヲ爲スコトヲ得ス)現任文武ノ官吏神職僧侶教師辯護士公證人及ヒ醫師ノ職務及ヒ職業ヲ執行スルカ爲メニ缺クヘカラサル物器具藥品等並ニ身分相當ノ衣服(調劑ヲ爲ス權利ヲ有スル藥舖民事訴訟法第五百七十五條調劑ヲ爲ス爲メノ文字引用)ノ調劑ヲ爲ス爲メ缺クヘカラサル器具調劑器械及ヒ藥品(實印其他職業ニ必要ナル印官吏ノ職印商人ノ店判會社ノ社印等

シテ缺クヘカラサル物ナルヤ否ヤハ執達吏カ職業ノ種類ニ從ヒテ差押ノ當時ニ於ケル事情ニ基キテ之ヲ定ム斯ル觀念ニ關係ナク差押ヲ許ササル物ハ(イ)文武ノ官吏(退職官吏ヲ包含スルコトハ恩給ノ文字ニ據リテ明カナリ)神職僧侶及ヒ教師ノ有スル職務上ノ收入又ハ恩給ニ關スル現存ノ法定金額職務上ノ收入又ハ恩給ニ關スル年額カ金三百圓ヲ超過セタルトキハ差押ノ當時ヨリ次期ノ俸給又ハ恩給ノ支拂マテノ日數ニ應シテ計算シタル收入年額ノ一部分ヨリ多カラサル現存金額ハ之ヲ差押フルコト能ハス又金三百圓ヲ超過シタルトキハ差押當時ヨリ次期ノ俸給又ハ恩給ノ支拂マテノ日數ニ應シテ計算シタル收入年額金三百圓ニ相當スル部分及ヒ金三百圓ヲ超過シタル收入年額二分ノ一ノ金額ヲ超過セタル現存金額ハ之ヲ差押フルコト能ハス之ニ反シテ超過シタル現存金額ハ之ヲ差押フルモノトス(ロ)内外國ノ勳章及ヒ名譽ノ證據下賜ノ金銀盃木盃其他黃綬綠綬章章ノ如シ(ハ)神像佛像其他禮拜ノ用ニ供スル物神佛例祭ニ用フル器具位牌墓石等(ニ)自家ノ系譜債務者カ有スル他家ノ系譜ハ財產的價額ヲ有スルヲ以テ差押フルコトヲ得ルヤ當然ナリ(ホ)債務者又ハ其家族ノ未

タ公ニセサル發明ニ關スル物及ヒ債務者又ハ其家族ノ未タ公ニセサル著述ノ稿本(ハ)債務者又ハ其家族カ學校ニ於テ使用ニ供スル書籍タリ而シテ前ノ物件ニ代ルヘキ金錢殊ニ物件毀損ノ爲メニ支拂ハレタル損害賠償金前ニ示シタル物件ヲ買入ルル爲メニ定マリタル金圓ニ對シテハ差押ヲ爲スコト能ハサルモノニ非ス何トナレハ民事訴訟法第五百七十條ニ規定シタル差押禁止ハ前ニ示シタル如キ法定物件ノミニ關スルヲ以テナリ(ニ)執行官ハ執行官ノ職務上執達吏ハ差押ヲ爲スニ當リ差押フルコト能ハサル物アリト認メタルトキハ其物件カ債務者ニ屬シタルト第三者ニ屬シタルトヲ調査スルコトナク差押フルヘカラス而シテ執達吏カ民事訴訟法第五百七十條ノ規定ニ反シテ差押フルコト能ハサル物ヲ差押ヘタルトキハ債務者又ハ利害關係アル第三者第五七〇條第一(第二)ヨリ又第五百七十條ノ規定ヲ誤リテ差押フヘキ物ヲ差押ヘタルトキハ債權者ヨリ民事訴訟法五百四十四條ニ基キ執行裁判所ニ對シテ異議ノ申立ヲ爲スコトヲ得但シ民事訴訟法第五百七十條ノ規定ニ反シタル差押ノ當然無効ニ非サルコトハ言ヲ俟タサル所ナリ隨テ執達吏ハ一旦差押ヲ爲シタル以上ハ

自由ニ差押ヲ解放スルノ權ヲ有セズ蓋シ軌違吏ハ裁判所ノ命令又ハ債權者ノ申立ナクシハ執行處分ヲ取消スコト能ハサルモノナレヲ以テナリ。當然債權者ハ豫メ契約ヲ以テ民事訴訟法第五百七十條ニ基キ權利ヲ拋棄スルコト能ハサルコトハ同條ノ目的ニ反スルヲ以テ獨逸法學者間ノ爭ナキ所ニシテ余輩モ亦正當ナル論結ナラト信スル所ナリ然レトモ債務者ハ強制執行ノ行為アルニ際シ民事訴訟法第五百七十條ニ基キテ差押ヲ免ルルノ權利ヲ有效ニ拋棄スルコトヲ得ルヤ否ヤハ獨逸法學者ノ大ニ論爭スル所ナリ。ガウプ氏ハ債務者ハ此等ノ物件ト雖モ代物辨濟其他ノ方法ヲ以テ處分スルコトヲ得ルカ故ニ債務者ノ承諾アル以上ハ軌違吏カ處分スルコト能ハサルモノニ非ス隨テ民事訴訟法第五百七十條ハ債務者ノ意思ニ反シテ同條ニ規定シタル物件ヲ差押ハサルニ止マレル公益ニ關スル規定ナリト論シ以テ積極的ニ論結シ「ゾキフヘルト」フアルタマシ「ヘルマン」氏等ハ差押ノ免除ニ關スル權利ハ當事者ノ自由ニ處分スルコト能ハサル訴訟上ノ權利ナルヲ以テ債務者カ之ヲ拋棄スルト雖モ何等ノ效力ヲ生セサルコトハ特定ノ訴訟事件ニ於テ特定ノ證據方法ヲ主張スル

權利ヲ拋棄スル能ハサルト同一ナリト論シ以テ消極的ニ論結シ「ワッセルモースキヤ」(「ペー」タルゼン「エンデマン」氏等ハ折衷說ヲ主張セリ而シテ「ワッセルモースキヤ」氏ノ論旨ニ依レハ獨逸民事訴訟法第七百十五條第一乃至第五及ヒ第七百十五條規定シタル物件ハ公益上債務者ノ意思ニ反シテ差押ヲ許ササルヲ正當ト爲スモノニ非ス何トナレハ債務者ハ自由ニ之ヲ處分スルモ公益上何等ノ妨ケナクモハナリ其他ノ物件ハ之ニ反スト云フニ在リ我民事訴訟法第五百七十條第二項モ亦折衷說ヲ採用シ第三號乃至第八號ニ掲ケタル物ヲ除ク外之ヲ差押フルコトヲ得セシメタリ是レ恐クハ該物件ニ關シテハ公益上債務者ノ意思ニ反シテ差押ヲ許スコト能ハサルモノト認メタルニ職由スト信スレトモ立法上ノ見解トシテハ第三號及ヒ第四號ニ掲ケタル物件ハ之ヲ債務者ノ承諾アルトキハ差押フルコトヲ得ヘキモノト爲スヲ正當ト認ム何トナレハ債務者ハ此等ノ物件ヲ自由ニ處分スルモ公益上何等ノ妨ケナクモハナリ華族ノ世襲財產商業帳簿ハ差押フル能ハス(華族世襲財產法商法第二八條其他銀行ニ對スル貯金證書貨物ノ受取證書ノ如キ證據書類ハ換價スル價額ナキカ故ニ差押フルコト能

「ハナルヘシ然レトモ書簡紀念物等ハ大家ノ筆蹟又ハ古物等ノ關係ニ由リテ經濟上價額アルトキハ之ヲ差押フルコトヲ得ヘシ」ハ其ノ趣旨ヲ明ニ示ス。債權者ハ其ノ債權ノ執行ニ付キ他ノ債權者ノ爲メニ更ニ差押ヲ爲スコトヲ得ス(第五八六條第一項)獨逸民事訴訟法第七百二十七條ハ前ニ述ベタル如ク差押質權主義ヲ認メタルカ故ニ附帯的差押ヲ認メタリ故ニ既ニ差押ヘタル物ニ付キ同一債權者ヨリ他ノ債權ノ執行ノ爲メニ又他ノ債權者ヨリ其債權ノ執行ノ爲メニ第二差押及ヒ其後ノ差押ノ實行モ殘存シタル賣得金ノ上ニ又ハ該差押ノ取消サレタル場合ニ於テ満足ヲ享有スルカ爲メニ第二又ハ其後ノ差押ヲ爲スコトヲ認メタリ佛國民事訴訟法佛國民事訴訟法第五七五條第六〇九條第六一一條第六五三條第六七九條第六八〇條等ハ前ニ述ベタル如ク差押配當主義ヲ認メタルカ故ニ重複差押ノ制度ヲ採用セザリキ蓋シ斯ル主義ヲ是認シタル以上ハ重複差押ハ徒ニ勞力ト費用トヲ費スニ止マレハナリ我民事訴訟法モ亦然リ而シテ債務者ノ財産ハ總債權者ノ共同擔保ナルヲ以テ既ニ爲シタル差押アルカ爲メニ差押ヲ爲スコト能ハザリシ債權者ハ差押物ニ付キ差押

債權者ト共ニ満足ヲ享有スルコトヲ得サルヘカラス是ヲ以テ法律ハ照査手續ナル制度ヲ設ケ差押ヲ爲スコト能ハザリシ債務者ノ利益ヲ保護シタリ。照査手續トハ執達吏カ債務者ノ財産中未タ差押ニ係ラサル物アルヤ否ヤヲ調査シ既ニ差押ヲ爲シタル執達吏ニ對シ總債權者ノ爲メニ賣得金ヲ爲スヘキ旨ヲ求ムルノ手續ヲ謂フニ外ナラス此ノ如ク執達吏カ債務者ノ財産中未タ差押ニ係ラサル物アルヤ否ヤヲ調査スル理由ハ前ニ述ベタル如ク過度ノ差押ヲ許サタル結果トシテ(第五六四條第二項)差押額ハ通常之ヲ必要ト爲ス債權額ヨリ多カラサルヲ以テ差押ヲ爲サザリシ債權者ヲシテ他ニ差押フヘキ財産アルニモ拘ラス限ニ配當ニ加入スルコトヲ得ヘキモノトセシ差押債權者ノ利益ヲ故ナク害スルニ至ルヲ以テナリ照査手續ノ意義ハ此ニ在リ。照査手續ハ執達吏カ既ニ差押ヲ爲シタル執達吏ニ差押調書ヲ閱覽ヲ求メテ差押ニ係ラサル物ノ有無ヲ調査シ(1)差押ニ係ラサル物アルトキハ之ヲ差押ヘ其調書ヲ作り既ニ差押ヘタル執達吏ニ交付シ且ツ總差押物ヲ競賣ニ付スヘキコトヲ求メ(2)差押アルキ物アラサルトキハ照査

調査ヲ作リ既ニ差押ヲ爲シタル執達吏ニ之ヲ交付シテ爲スモノナリ(第五八六條第二項(手續))
以上ノ手續ヲ盡シタルトキハ執行ニ關スル債權者ノ委任ハ既ニ差押ヲ爲シタル執達吏ニ法律上當然移轉シ此執達吏カ總債權者ノ爲メニ競賣ヲ爲スヘキモノトス是レ費用ト勞力トヲ節略スルノ目的ヨリ生スル當然ノ結果ナリ故ニ(1)既ニ差押ヲ爲シタル執達吏ニ非サル者ハ債權者ノ爲メニ執行行爲ヲ爲スコト能ハス(2)執行ニ必要ナル書類ハ既ニ差押ヲ爲シタル執達吏ニ交付スヘク(3)債權者ノ同意ヲ要スル執行處分第五六六條等ハ爾後照査手續ヲ爲シタル債權者及ヒ差押債權者ノ同意アルニ非スンハ之ヲ行フコト能ハス第五八六條第三項)但シ照査手續ヲ爲シタル債權者及ヒ差押債權者ハ其同意ヲ以テ既ニ差押ヲ爲シタル執達吏以外ノ執達吏ヲ選擇シタルトキハ執行委任ハ該執達吏ニ移轉セ債權者ハ之カ爲メニ異議ヲ達フルコト能ハサルヘシ蓋シ民事訴訟法第五百八十六條第三項ハ債權者ノ反對意思ヲ排斥スル程度ニ於ケル公益規定ニ非サレハナリ既ニ差押ヲ爲シタル執達吏ト後ニ差押ノ委任ヲ受ケタル執達吏ト同一

人ナルトキニ於テモ前示シタル法則ノ準用アルヤ言フ俟タズ照査手續ハ(1)配當ノ效力ヲ生シ(2)既ニ爲シタル差押カ取消ト爲リタルトキハ其取消ノ原因カ差押ノ不適法ニ在ルト辨濟ニ在ルト否トヲ問ハズ差押ノ效力ヲ生ス是レ照査手續ニ依ラサルヲ得サリシ債權者ノ利益ヲ保護シタルニ外ナラス第五八七條(效力)

重複差押ヲ許ササルノ法則ハ既ニ爲シタル差押アルヲ前提要件トシテ行ハルルモノナリ故ニ(1)既ニ爲シタル差押カ第五百六十六條ニ適シタルコトヲ要ス蓋シ民事訴訟法第五百六十六條ニ適セタル差押ハ不確實ナルヲ以テ債權者ニ照査手續ニ依ルコトヲ強制スルコト能ハサレハナリ而シテ既ニ爲シタル差押カ民事訴訟法第五百六十六條ニ適スルヤ否ヤハ執達吏カ差押ニ際シテ調査スヘキモノトス然レトモ執達吏ハ既ニ爲シタル差押カ前ニ示シタル以外ノ法定要件第五二八條第五三九條第五六八條等ヲ具備スルヤ否ヤヲ調査スルハ職權ナシ何トナレハ既ニ爲シタル差押カ法定要件欠缺ノ爲メニ取消サレタルトキハ照査手續ヲ爲シタル債權者ハ差押債權者ト爲ルヲ以テ毫モ不利益ヲ被ルコ

トナケレハナシ差押ヲ明白ニスルカ爲メニ施シタル封印其他ノ方法カ偶然ノ事實其他ノ原因ノ爲メニ除去セラレタルヲ以テ執達吏カ同一物ニ付キ重複的ニ差押ヲ爲シタルトキハ其差押ハ民事訴訟法第五百八十六條第一項ニ反スルモノトシテ無効ナレハ何トナレハ之カ爲メニ差押債權者ノ差押權ヲ無視スルコト能ハサルハナリ但レ立法論上ハ斯ル差押ニ照査手續ヲ爲シタルモノト爲スト同一ノ效力ヲ與フルヲ正當トス(2)假差押ニ係ル物ニ付テハ更ニ差押ヲ爲スコトヲ得ヘシ何トナレハ假差押ノ場合ニ於テハ未タ確定セサル債權ノ配當額ヲ供託スルヲ以テ足レハナリ(第五八六條第四項第六三〇條第三項)(B)差押以後ノ手續ハ前項ニ準ジテ爲スルモノトス(第五八六條第四項第六三〇條第三項)差押以後ノ手續ハ差押物カ金錢ナルト否トニ因リテ各異ナレリ(一)差押物カ金錢ナルトキハ(金錢トハ我帝國ノ強制通用ノ力アル貨幣ヲ指示ス故ニ金銀貨及ヒ紙幣ヲ包含ス然レトモ外國ノ貨幣ハ我帝國内ニ於テハ金銀物又ハ有價證券ニ外ナラサルヲ以テ民事訴訟法第七百八十一條第五百八十一條ニ依リテ處分スベキモノナリ)第一ニ執達吏カ之ヲ債權者ニ引渡スニ因リテ強

制執行手續ヲ終結ス(第五七四條第一項)執達吏職務細則第六一條(執達吏ハ債權者ノ代理人トシテ其職務ヲ取扱フモノナルカ故ニ差押ヘタル金錢ヲ債權者又ハ其代理人(特別委任アル訴訟代理人ヲ包含スニ引渡スヘキ義務ヲ負フ)當然ナリ而シテ執達吏カ差押金錢ノ引渡ヲ爲シタルトキハ事實上満足ヲ享有スルニ必要ナル執行機關ノ行動ノ完了ヲ告グルヲ以テ強制執行手續ヲ終結スルヤ言フ埃タス隨テ執達吏ノ金錢取立ハ未タ第三者ニ對シテ強制執行手續ヲ終結シタルモノト爲スノ效力ヲ有セス第二ニ執達吏カ金錢ノ取立ヲ爲シタルニ因リテ債權者ノ支拂ヲ爲シタルト同一ノ效力ヲ生ス(第五七四條第二項)而シテ金錢ノ取立ハ強制的ニ行フモノナルヲ以テ債權者ノ任意の支拂ト同視スヘキモノニ非ス唯債權者ハ取立タル金錢ニ付キ權利ヲ喪失シ且ツ債務ノ免責ヲ得ルヲ以テ支拂ト同一ノ效力ヲ有スルニ過キス金錢ノ取立ハ金錢ノ差押ト通常同時ニ行ハルルニ止マリ同一ノ觀念ニ非ス蓋シ金錢ノ取立ハ法理上民事訴訟法第五百七十九條ニ規定セタル賣得金ノ領收ト同視スヘキモノナレハナリ故ニ金錢ノ取立ハ賣得金ノ領收ト同シク債權者ノ爲メニ任意支拂ト同一ノ效力ヲ

生ス隨テ取立タル金銭ニ關スル危險ハ差押債權者ニ移轉シ又他ノ債權者カ配當要求ヲ爲スコトヲ得サルノ效力ヲ生ス但レ保證ヲ立テ又ハ供託ヲ爲シテ執行ヲ免ルルコトヲ債務者ニ許シタルトキ(第五〇五條第二項)ハ此限ニ在ラス是レ債務者ニ執行ヲ免ルルコトヲ許シタル當然ノ結果ナリ故ニ金銭ノ取立又ハ賣得金ノ領收アリタルニモ拘ラス金銭ノ危險ハ依然債務者ノ負フ所ニシテ又他ノ債權者ハ配當要求ヲ爲スコトヲ得ヘシ

(二) 差押物カ金銭以外ノ物件ナルトキハ
第一ニ通則トシテハ執達吏カ民事訴訟法ノ規定ニ從ヒテ公ノ競賣方法ヲ以テ其差押物ヲ賣却シ領收シタル賣得金ヲ債權者ニ引渡スモノトス(第五七二條蓋シ金銭ノ支拂ヲ目的トスル債權ニ付キ有體動産ニ對スル強制執行ノ目的ハ執達吏ヲシテ差押物ヲ適法ニ公賣セシメ以テ賣得金ヲ債權者ニ交付スルニ依リテ達スルコトヲ得レハナリ故ニ金銭以外ノ物件ノ差押ニ關シテハ其結果トシテ換價方法ノ伴フモノト知ルヘシ)
(イ) 競賣ハ賣買取結ノ誘引ニシテ賣買其モノニ非ス何トナレハ競賣ヲ爲ス者

ハ賣却條件ヲ表示シ公衆又ハ特別ノ資格アル多數ノ人ニ對シ最高價ノ買入申込ヲ爲スコトヲ希望シ以テ賣買取結ノ準備ヲ爲スニ止マレハナリ故ニ公ノ競賣方法ニ依レル賣却ニ於テハ競賣人ノ申出カ即チ申込ニシテ競賣人ノ競落ノ意思表示カ即チ承諾ナリ而シテ強制執行ニ於ケル公賣ニ於テハ債務者ヲ以テ賣主ト爲スラ正當ノ見解ト認ム何トナレハ執達吏ハ前ニ述ベタル如ク債務者ノ代理人トシテ差押物ノ賣却ニ從事スルニ外ナラサレハナリ(公賣ノ觀念)

(ロ) 執達吏ハ差押物ヲ公賣スルニ當リテハ高價物即チ金銀物美術品寶玉其他骨董物等ノ如キ特別ナル高價額アル有體動産ヲ除ク外適當ナル鑑定人ヲシテ評價ヲ爲サシムルノ義務ヲ負フヘキモノニ非ス(茲ニ所謂鑑定ハ裁判上ノ鑑定ニ非サルヲ以テ民事訴訟法第三百二十二條以下ノ規定ヲ適用スヘキモノニ非キモノタルコトハ民事訴訟法第五百六十四條第二項及執達吏職務細則第五十七條ニ依リテ明白ナリ而シテ高價物ノ評價ヲ爲スコトヲ要スル所以ハ意外ナル低價賣却ヨリ生スル損失ヲ豫防スルニ在リ競賣ハ可成的迅速ニ著手スル

ヲ債權者ノ利益トス然レトモ競賣ノ日時及ヒ場所ヲ公衆ニ知ラシメ又ハ執行参加ヲ爲ス權利ヲ有スル第三者第五四九條ニ競賣以前ニ於テ差押物ニ關スル執行ノ停止ヲ求ムル機會ヲ與フルカ爲メニ法律ハ差押ノ日ト競賣ノ日トノ間ニハ少クトモ七日ノ時間ヲ存スルコトヲ要スル旨ヲ規定シタリ(第五七五條故ニ競賣期日ハ通常差押ノ日ヨリ七日以外ニ於テ之ヲ定メサルヘカラス但シ差押債權者執行力アル正本ニ因レル配當要求債權者及ヒ債務者カ競賣ヲ更ニ早ク爲サンコトヲ合意シタルトキ又ハ差押物ヲ永ク貯藏スルニ付キ不相應ノ費用差押物カ家畜ナル場合ノ類若クハ差押物ノ價格ヲ著シク減少スルノ危害ヲ避ケンカ爲メ(差押物カ腐敗シ易キ果實ナル場合ノ類)競賣ヲ早ク爲スコトヲ必要ト爲ストキハ例外トシテ前ニ示セタル時間ヲ短縮シテ競賣期日ヲ定ムルコトヲ得ヘシ(第五七五條但書)而シテ執達吏カ前ニ示セタル法則ニ反シ競賣期日ヲ定メタルトキハ債權者債務者並ニ執行参加權ヲ有スル第三者ハ民事訴訟法第五百四十四條ニ從ヒテ異議ヲ申立ツルコトヲ得ヘク又執達吏カ前ニ示セタル法則ニ反シ適當ナル期間經過スルモ競賣ヲ爲ササルトキハ差押債權者及ヒ

執行力アル正本ニ因リテ配當ヲ要求シタル債權者ハ一定ノ期間内ニ競賣ヲ爲スコトヲ催告セ其效ナキトキハ執行裁判所ニ相當ノ命令アラシコトヲ申請スルコトヲ得(第五八八條)債務者ハ競賣ヲ爲ササルコトニ付キ利益ヲ害セラサルコトナキカ故ニ斯ル催告及ヒ申請ヲ爲スノ權ナク又單純ナル配當要求債權者ハ差押物賣得金上ニ配當ヲ受クルノ權アルニ止マリ自ラ執行ヲ爲スコトヲ求ムル權ナキヲ以テ斯ル催告及ヒ申請ヲ爲スノ權ナシ競賣ハ差押物ノ所在地ニ於テ爲スヲ便宜トス蓋シ他ノ場所ニ於テ之ヲ爲ストキハ運搬ノ日數及ヒ運搬ノ費用ヲ要スルヲ以テナリ故ニ法律ハ通常差押物ノ存スル差押ヲ爲セタル市町村ヲ以テ競賣ノ場所ト定メタリ(第五七六條第一項)但シ差押債權者及ヒ債務者執行力アル正本ニ因リテ配當ヲ要求スル債權者ヲ除外スル立法上ノ理由ハ該債權者ハ自ラ執行ヲ爲スノ權ナキニ在リト云フニ在ルヘシト雖モ理論上之ヲ正當ト認ムルコトヲ得セカ他ノ地ニ於テ之ヲ爲スコトヲ合意シタルトキ(第五七六條)又ハ差押物ヲ保管シタル債務者カ他ノ裁判所管内ニ移轉シタルカ如キ場合ニ於テ差押物カ差押ヲ爲シタル市町村以外ニ在ルカ爲メニ他ノ場所ニ

於テ賣却ヲ爲スヘキ旨ノ執行裁判所ノ命令アリタルトキハ(第五八五條例外トシテ)他ノ場所ニ於テ競賣ヲ爲スコトヲ得競賣ハ總テノ場合ニ於テ競賣スヘキ目的物ヲ表示シテ競賣ノ日時及ヒ場所ヲ公告スルコトヲ前提要件トス目的物ヲ表示スルハ各競買人ヲシテ豫メ其需用ノ有無ヲ判斷スルコトヲ得セシムルカ爲メナリ公告ハ市町村役場ノ揭示場ニ揭示シ又ハ新聞ニ公告シテ之ヲ爲スヲ通例トス而シテ公告ノ方法及ヒ同敷ノ如キハ競達吏ノ自由ニ判斷スル所ナリ(競達吏職務細則第七一條)公告ハ公賣ノ前提要件ナルカ故ニ之ヲ缺クトキハ無効ナリ然レトモ債務者債權者等ノ異議申立ノ結果トシテ(第五四四條)競達吏ノ爲シタル公賣カ早キニ失シ又ハ遲キニ失シ其他不當ニ他ノ場所ニ於テ爲サレタルモノト爲リタルモ其效力ヲ害セラルモノニ非ス唯競達吏カ斯ル競賣ヲ爲シタルカ爲メニ生シタル損害ヲ賠償スルノ責ニ任スルノミ準備手續)

(二) 競達吏ハ(第五三一條)第一項差押調書ニ於ケル記載ト差押物トヲ比較シ不足及ヒ損傷アルトキハ之ヲ調査ニ明確ニ記載シタル後競達吏職務細則第七一條競賣期日ニ於テ賣却條件ヲ告知シ各競賣物ニ付キ競賣ノ申込ヲ催告シテ競

賣ヲ開始シ最高價競買申込人ニ對シ競落ノ告知ヲ爲シテ競賣ヲ終了ス(第五七七條)第一項競賣法第一三條競賣ノ賣却條件ハ民事訴訟法第五百七十七條第五百八十條ニ於テ規定シアルノミ蓋シ法律ハ競達吏ヲシテ他ノ賣却條件ヲ事情ニ從ヒ適宜ニ定ムルコトヲ得セシムルカ爲メナリ債權者及ヒ債務者ハ競買人トシテ競賣ニ干與スルコトヲ得ヘシ何トナレハ法律上別ニ之ヲ禁止スルノ明文ナケレハナリ(競賣法第四條)參考然レトモ競達吏ハ自己ノ取扱フ競賣ニ於テ競買人トシテ干與スルコト能ハサルヘシ何トナレハ若シ之ヲ許スニ於テハ職權濫用ノ虞アルノミナラス職務ノ執行ニ付キ不正ナル嫌疑ヲ被ラシムルノ原因ト爲ルヲ以テナリ(競賣法第四條)參考競落ハ前ニ述ヘタル如ク競買ノ申込ニ對スル承諾ニシテ「ガウブ」「ウツルモ」「スキ」「ストロツクマシ」民等ノ主張スルカ如ク賣買完成ノ確認ニ非ス何トナレハ民事訴訟法第五百七十七條第一項ハ競落價額ノ三回呼上以前ニ於テ競落ヲ爲スコトヲ許ササルコト及ヒ最高價競買人ノ爲メニスルニ非サレハ競落ヲ許ササルコトヲ明示スルニ止マリ「ガウブ」民ノ説明スルカ如ク最高價ノ競買申込ヲ承諾ナリト認メシムルニ足ラサルヲ以テ

ナリ又「ゾキフヘルド氏」ノ主張スルカ如ク競落カ申込ナルヤ或ハ承諾ナルヤヲ事實問題トシテ取扱フモノニ非ス何トナレハ斯ル論結ハ特定シタル賣却條件ナキ場合ニ於テ事實上調査ノ爲メニ必要ナル材料ヲ缺キ判斷ノ標準ヲ不確實ナラシムルヲ以テ實際上ニ適當ナルモノト謂フヲ得サレハナリ競落ノ告知即チ承諾ノ意思表示ハ最高價競買ノ申込ヲ三回呼上ケタル後之ヲ爲ス是レ錯誤ヲ防止スルカ爲メナリ故ニ三回呼上ノ完了以前ニ於テ債務者カ債務ヲ辨濟シタルカ又ハ更ニ最高價競買ノ申込ヲ爲ス者アリタルトキハ賣買ノ完成ヲ妨ケ又三回以上呼上ノ完了ニ至ルマテ斯ル事項ナキトキハ賣買ヲ完成ス然レトモ例外トシテ金銀物ヲ競買スルニ際シ最高價競買ノ申込カ鑑定人ノ評價ニ依リ定マレル金銀ノ實價第五七三條ニ達セサルトキハ賣買ヲ完成セス蓋シ若シ之ヲ完成セシムルトキハ執行當事者ノ利益ヲ害スルヲ以テナリ賣買カ完成シタルトキハ(1)競買人ハ競買ノ目的タル權利ヲ取得シ又目的物ノ危險ヲ負擔ス(競買法第二條民法第五三四條第一項其他賣買ノ完成ニ因リテ生スル效力ハ民法ノ定ムル所ニ依ル)(2)競速吏ハ代價ノ支拂ヲ延期スルカ如キ賣買條件ノ變更ヲ自

由ニ爲スコトヲ得ス而シテ競買ノ申込人ハ自己ヨリ高價ノ競買申込アルマテ自己ノ爲シタル申込ニ羈束セラレハ言フ埃タス競買期日ニ於テ競買ノ申込ヲ爲ス者ナキトキハ事實上競買ヲ行フコト能ハス故ニ差押物ヲ債務者ニ返還シ第五六四條第三項之ト同時ニ差押ヲ消滅セシム但シ民事訴訟法第五百八十五條ノ規定ニ則リ代物辨濟トシテ差押物ヲ差押債權者ニ交付スルコトヲ妨ケス然レトモ執行裁判所ハ民事訴訟法第五百八十五條ニ從ヒテ差押物ヲ他ノ換價方法ヲ命スルコトヲ得ヘタ又競速吏カ自己ノ見込ニ從ヒ若クハ執行裁判所ノ裁判ニ基キ(第五四四條新期日ニ於テ競買ヲ再施スルコトヲ得ヘシ(競買ノ成否競落物ハ代價ト引換フルニ非ス)ハ之ヲ引渡スコトヲ得ス(第五七七條第二項是レ執行當事者ノ利益ヲ保護スルカ爲メニ設定シタル法定ノ賣却條件ノ一タリ故ニ(一)競買人ハ特定ノ代金支拂期日ナキトキハ競買期日中ニ又該期日ノ定アルトキハ其期日中ニ代金ト引換ニテ競落物ヲ引渡ヲ求メサルヘカ多量(二)最高價競買人ハ其代金支拂義務ヲ債務者ニ對シテ有スル債權ト相殺シ以テ之ニ基キ競落物ヲ引渡ヲ求ムルコトヲ得ス(三)競速吏ハ執行當事者ノ承諾ナク

シテ信用上競落物ヲ最高價競買ノ申込人ニ引渡シタルトキハ之カ爲メニ生
タル損害ヲ執行當事者ニ賠償セサルヘカラス
就買人ハ前ニ示シタル如キ請求ヲ爲サザリシトキハ義務不履行ノ爲メニ法律
上當然賣買ノ解除アリテ新期日ニ於テ競賣ヲ再施シ該競賣ハ當初ノ競賣ヲ再
施スルニ外ナラサルカ故ニ義務ヲ履行セザリシ買主ノ爲メニ行フモノニ非ス
シテ却テ債務者ノ爲メニ行フモノナリ而シテ該競賣ニ於テハ前ノ競買申込人
ハ加ハルコトヲ得ス蓋シ此申込人ハ此義務不履行ニ因リテ就買人タルノ資力
ナキコトヲ證明シタレハナリ又該申込人ハ再施シタル競落代價カ最初ノ競落
代價ヨリ低キトキハ不足ヲ負擔シ高キトキハ剩餘ヲ請求スルコトヲ得ス第五
七七條第三項蓋シ前者ノ場合ハ損害賠償責任ノ法則ノ適用ニシテ後者ノ場合
ハ再施シタル競賣カ債務者ノ爲メニスルモノタルノ法則ノ適用タリ隨テ差押
債權者及ヒ配當要求債權者ニ辨濟シタル競落代價ノ殘額ハ債務者ニ返還セラル
ル(競賣ノ履行及ヒ解除)

(三) 執達吏ハ賣得金カ債權者ニ對スル辨濟及ヒ執行費用ノ辨償ヲ爲スニ足ル

ニ至リタルトキハ競賣ヲ中止セサルヘカラス蓋シ若シ然ラズンハ強造執行ノ
限度ヲ超越スルヲ以テナリ故ニ競賣ヲ爲ササル差押物ニ關シテハ之ヲ債務者
ニ引渡シ又差押ノ表示方法ヲ除去シテ以テ差押關係ヲ消滅セシメサルヘカラ
ス又執達吏ハ領收シタル賣得金ヲ債權者ニ交付セサルヘカラス何トナレハ執
達吏ハ債權者ニ代リテ賣得金ヲ領收シタルモノナレバナリ但シ債權者數名ア
リテ賣得金カ之ニ完済ヲ得セシムルニ足ラサルトキハ賣得金ヲ供託セサルヘ
カラス而シテ執達吏ハ賣得金領收ハ前ニ述ヘタル金錢ノ取立ト同シテ債務者
ノ支拂ト看做シ保證ヲ立テ又ハ供託ヲ爲シテ執行ヲ免ルロトテ債務者ニ許
シタルトキニ限り債務者ノ支拂ト看做ササルモノトス唯金錢取立ノ場合ト異
ニシテ他ノ債權者ニ配當要求ヲ許ササルノミ如何トナレハ配當ノ要求ハ競賣
期日ノ終リマテ之ヲ爲スコトヲ得レハナリ(第五七八條、第五七九條、第五九二條
(中止及ヒ賣得金ノ領收)

第二ニ特則トシテ

イ 實價マテニ競賣ヲ爲ス者ナキ差押ノ金銀物ニ關シテハ執達吏ハ執行當事

(イ) 實價マテニ競賣ヲ爲ス者ナキ差押ノ金銀物ニ關シテハ執達吏ハ執行當事

者ノ利益ノ爲メニ實價ニ對スル代金ヲ以テ適宜ニ賣却スルコトヲ得然レトモ執行當事者ノ同意ナクシテハ買主ニ代金支拂ナクシテ目的物ヲ引渡スコトヲ得ス(第五七七條第二項適用)又執達吏ハ執行當事者ノ同意アル場合ニ於テ實價ニ違セサル代價ヲ以テ賣却スルコトヲ得ヘク其他差押債權者一人ニシテ他ニ差押ニ付キ利害關係ヲ有スル者ナキトキハ代物辨濟トモテ實價ニテ差押債權者ニ交付スルコトヲ得ヘシ

(ロ) 差押物カ有價證券ナル場合ニ於テハ執達吏ハ相場ナキ物ハ前ニ示シタル法則ニ從ヒテ公賣シ相場アル物ハ賣却日ノ相場ヲ以テ適當ニ賣却セサルヘラス有價證券トハ前ニ述ヘタル如ク所持者ヲシテ之ニ關スル財產權ノ主體タラシムル性質ヲ有スル證券ナリ此證券ハ記名ナルト無記名ナルトヲ問ハス強制執行ノ便宜上有體動產ト看做シテ取扱ハル但シ金錢ト看做スヘキ有價證券(貨幣ノ如キ其地手形ノ如キ裏書ヲ以テ讓渡スルコトヲ得ヘキ證券ハ茲ニ所謂有價證券ニ包含スルモノニ非ス何トナレハ前者ハ金錢トシテ第五七四條後者ハ債權トシテ第六〇三條取扱ハルヘキモノナルヲ以テナリ有價證券カ相場ヲ

有スルヤ否ヤハ執行地ニ於ケル取引關係ニ依リテ之ヲ定ム故ニ相場ヲ以テ賣却スルカ爲メニ有價證券ヲ遠隔地ニ運搬スルカ如キハ法理ノ許ササル所ナルヘシ又賣却日ノ相場價額ハ相場表若クハ問屋營業者ニ付テ之ヲ調査スルヲ適當トス執達吏ハ相場ヲ以テ適宜賣却ヲ爲スニ當リ當然問屋營業者又ハ銀行營業者ノ媒介ニ依ルコトヲ得又債權者ニ賣却スルコトヲ得ヘシ然レトモ相場以下ノ賣却ハ之ヲ爲スコトヲ得ス何トナレハ這ハ執行當事者ノ利益ヲ害スルヲ以テナリ民事訴訟法第五百七十九條ノ規定ハ相場ヲ以テスル適宜賣却ニ關シ準用セラルルヤ當然ナレトモ第五百七十五條ノ規定ハ之ニ反ス隨テ執達吏ハ即時ニ賣却ヲ爲ササルヘカラス但シ債權者及ヒ債務者ハ適當ナル賣却日ニ付キ執行裁判所ノ保護ヲ求ムルコトヲ得ヘシ(第五四四條第五八一條記名ノ有價證券ノ權利ハ公賣ナルト適宜賣却ナルトニ拘ラス證券ヲ買主ニ交付スルノミヲ以テ移轉セサルモノタリ故ニ法律ハ執達吏ヲシテ執行裁判所ノ授權ニ依リ買主ノ名義ニ書換ヲ爲シ及ヒ之カ爲メニ必要ナル陳述ヲ債務者ニ代リテ爲スコトヲ得セシメタリ是ヲ以テ執達吏ハ事實ヲ明白ナラシムルカ爲メニ債務名義

及ヒ差押調査ヲ添付シタル授權ヲ求ムルノ申立ヲ爲シ又執行裁判所ハ之ヲ許サタルヘカス(第五四三條)第五八二條同條ニ所謂得ハ授權ノ付與カ執行裁判所ノ自由判斷ニ屬スルノ意義ヲ表示シタルモノニ非タルコトハ(ガウプ)氏ノ説明ニ依リテ明白ナリ無記名有價證券ノ權利ハ公賣ナルト適宜賣却ナルトニ拘ラズ證券ヲ買主ニ交付スルノミヲ以テ移轉スルモノナリ故ニ前ニ述ヘタル如キ授權ヲ爲スノ必要ナラズ然レトモ記名ニ換ヘ又ハ他ノ方法ニ依リテ流通ヲ止メタル無記名證券ニ關シテハ權利移轉ノ必要ニ基キ執達吏ヲシテ執行裁判所ノ授權ニ因リ流通ノ回復ヲ爲シ及ヒ之カ爲メニ必要ナル陳述ヲ債務者ニ代リテ爲スヲ得セシメタリ(第五八三條)

(ハ) 差押物カ未タ土地ヨリ離レタル果實ナル場合ニ於テハ第五六八條執達吏ハ該果實ノ成熟以後ニ非スルハ競賣ヲ爲スコトヲ得何トナレハ成熟以前ニ於ケル果實ノ競賣ハ買主ニ對シ危險ヲ負擔セシムル結果トシテ甚シク減少シタル價額ニ非スルハ賣却スルコトヲ得ナレハ第五八四條第一項上段同テ茲ニ所謂成熟ハ第五百六十八條ノ規定ニ於ケル成熟ト異ニシテ現實の成熟

ヲ指示スト謂フタルヲ得ス但シ執行當事者ノ同意アル場合ニ於テハ差押ヘタル果實ヲ成熟以前ニ競賣スルコトヲ得ルヲ妨ケス何トナレハ第五百八十四條ハ執達吏ニ對スル訓示の規定ニ外ナラズレハナリ執達吏ハ事情ニ從ヒ差押ヘタル成熟果實ヲ分離以前又ハ分離以後ニ於テ競賣スルコトヲ得前者ノ場合ニ於テハ競買人ニ收獲ヲ爲スノ權利ヲ付與シ後者ノ場合ニ於テハ執達吏ハ分離ニ必要ナル行為即チ收獲ヲ爲スヘキ職務ヲ負フ隨テ執達吏ハ債務者ニ代リテ第三者ニ收獲ヲ爲サセメ又ハ債務者ニ收獲ヲ委任スルコトヲ得而シテ執行當事者ハ執達吏ノ行為ヲ不當ナリト認メタルトキハ第五百四十四條ニ基キ執行裁判所ノ裁判ヲ求ムルコトヲ得ヘシ(第五八四條第一項)差押物カ露ナル場合ニ於テハ全ク露ト爲リタル後ニ非スルハ競賣ヲ爲スコトヲ得ス其理由ハ前述シタル所ト同一ナルヲ以テ茲ニ之ヲ省略ス

(ニ) 執行裁判所ハ債權者又ハ債務者ノ申立ニ因リ第五百七十二條乃至第五百八十五條ニ規定シタル以外ノ方法及ヒ場所ニ於テ差押物ノ賣却ヲ爲スヘキ旨ヲ命スルコトヲ得蓋シ該規定ハ其性質上變更ヲ許ササル公益規定ニ非ナルヲ以

チナリ故ニ執行裁判所ハ差押物ノ任意賣却ヲ許シ任意賣却ニ關シテハ民法依リ第五百七十七條ノ規定ニ依ラス又ハ相場價額ヲ以テ差押物ノ債權者ニ交付スルコトヲ許スコトヲ得執行當事者ヲ差押物ノ特定ノ價額ヲ以テ債權者ニ交付スルコトヲ得ヘシ蓋シ該合意ハ強制執行繼續ノ節略ヲ目的トスルモノナレハナリ執行裁判所ハ執行當事者ノ申立ニ因リ執達吏以外ノ者殊ニ公證人若クハ問屋營業者ヲシテ競賣ヲ爲サシムヘキ旨ヲ命スルコトヲ得此場合ニ於テハ競賣人ハ競賣行為ノ爲メニ執達吏ノ職權ヲ行フモノタリ隨テ債權者ノ爲メニ賣得金ヲ領收シ且ツ之ヲ債權者ニ引渡スル權ヲ有セ又賣得金ノ領收ハ執達吏ニ依レハ賣得金ノ領收ト同一ノ效力ヲ生ス(第五七九條但シ執行裁判所ハ競賣人ニ賣得金領收ノ權限ヲ拒絕スルコトヲ得ルヤ言フ埃タス執行裁判所ノ裁判ハ豫メ口頭辯論ヲ經スシテ爲スコトヲ得故ニ相手方ノ審訊ヲ爲スコトヲ要セス(第五四三條第三項) 爲賣スルモノハ債權者ノ共同ニテ行使スルモノナリ債權者數名ノ爲メニ同時ノ差押ヲ爲シ執行力アル正本ヲ有スル債權者ノ

爲メ照査手續ヲ爲シ又執行力アル正本ヲ有セシム債權者カ共同擔保ノ法理
ニ基キ配當要求ヲ爲セタルニ因リテ賣得金上ニ配當ニ與ル數名ノ債權者アリ
テ賣得金カ各債權ノ完済スルニ十分ナルトキハ執達吏ハ賣得金ヲ各債權者ニ
引渡スコトヲ得ヘシト雖モ之ニ反スルトキハ執達吏ハ債權者間ニ配當ノ協議
開ハサル場合ニ限リテ賣得金ヲ供託シ其旨ヲ執行裁判所ニ届出ラサルヘカラ
ス

第五九三條

配當ニ與ル各債權者及ヒ債務者ニ通知セラルヘカラス是レ利害關係人ニシテ配當要求ニ付テハ當否ヲ判斷セシムルカ爲メナリ(第五九一條第一項第五九二條民法ニ從ヒ配當ヲ要求スルコトヲ得ル債權者ハ原因ヲ開示シ即チ權利ヲ有スルニ至リタル法律關係ヲ明示シ執達吏ニ對シテ配當ヲ要求スル意思ヲ表示シテ配當ニ與ル權利ヲ取得ス面シテ他ニ十分ナル債務者ノ財産アルニ拘ラス漫然配當要求ヲ許スハ第五百八十六條及ヒ第五百六十四條ノ法意ト矛盾シ甚タ其當ヲ得スト雖モ法文上何等ノ制限ナキヲ以テ解釋上如何トモ爲スコト能ハサルヘシ該配當要求ハ競賣期日ノ終ニ至ルマデニ之ヲ爲スコトヲ得是レ配者手續ノ延滞ヲ防止スルノ決意ナリ又執達吏ハ前ニ示シタルモノト同一ノ法理ニ基キ該配當要求ヲ配當ニ與ル各債權者及ヒ債務者ニ通知シ債務者ハ通知後三日ノ期間内ニ其債權ヲ認諾スルヤ否ヤヲ執達吏ニ申立テタルヘカラス此義務ヲ盡ササルトキハ懈怠ノ結果トシテ認諾シタルモノト看做シテ取扱フコトヲ得ヘシ認諾セサル旨ノ通知アリタルトキハ執達吏ハ更ニ之ヲ配當要求ヲ爲シタル債權者ニ通知シ該債權者ハ三日ノ期間内ニ債務者ニ對シテ訴ヲ提起シ以

テ其債權ヲ確定セラルヘカラス此義務ヲ盡ササル債權者ハ配當ヨリ排斥セラレハ當然ナリ但シ起訴後債權未確定中ニ配當ヲ實施スル場合ニ於テハ該債權者ノ受クヘキ配當額ヲ供託スヘキハ當然ナリ執行力アル正本ヲ有スル債權者ハ執行力アル正本ニ因ラスシテ買得金ノ配當要求ヲ爲シタルトキハ債務者ノ申立及ヒ訴ヲ提起セシムルカ爲メノ通知ノ必要ナキヤ旨ヲ埃タス(第五八九條乃至第五九三條(買得金ノ配當ニ與ル債權者))

(ロ) 執達吏カ買得金及ヒ金錢ヲ供託セタルトキハ其供託金ノ權利及ヒ危險ハ債務者ニ屬シ債權者ニ移轉セラルモノタリ執達吏ニ依レル金錢ノ取立及ヒ賣得金ノ領收カ債務者ヨリ支拂ヲ爲シタルモノト看做スノ效力ヲ生スルニハ(第五七四條第五七九條執達吏カ特定債權者ノ爲メニ満足セラルヘキ金額ノ支拂トシテ受領シタルコトヲ前提要件トス第五百九十三條ノ規定ニ從ヒ供託ヲ爲ス場合ニ於テハ執行上未タ支拂ヲ受クルコト能ハサル債權者モ加入スルヲ以テ前ニ示シタル要件ノ存セタルヤ明白ナリハナリ故ニ債權者全體ノ爲メニ爾後清算ヲ爲スノ留保ヲ以テ支拂ヲ受ケタルモノナリトノ見解ヲ採用スルニ足

ラサルヘシ蓋シ斯ル見解ハ執行上支拂ヲ受クルノ權利ナキ債權者ヲモ包含シタル債權者全體カ差押物ノ權利者トシテ債務者ノ同意ナク之ヲ取扱ヒ互ニ分配スルコトヲ得ルノ不當ナル結果ヲ生ズルヲ以テナリ然レモ債權者ノ意思ニ反スル所ナキヲ以テ法律上之ヲ禁止スルノ理由ナシ故ニ執達吏ハ債權者間ニ配當ノ協議調ヒタルトキハ之ニ基キ配當ヲ實施スルコトヲ得ヘシ然レトモ債權者間ニ協議調ヒナサルトキハ各債權者ニ平等ナル満足ヲ得セシムルカ爲メニ國家ノ干涉ヲ必要ト爲スヤ言フ埃タス而シテ執行裁判所ハ此政務ヲ取扱フ國家ノ機關ナリ故ニ執達吏ハ執行手續ニ關スル書類ヲ添附シ(執行調査配當要求書ノ類)況民事訴訟法第五百八十六條第五百八十九條第五百九十一條ニ關スル事情協議不調ノ事情ヲ届出テナルヘカラス(第五九三條第三項)

第三項 債權及ヒ他ノ財産權ニ對スル強制執行

債權及ヒ他ノ財産權ニ對スル強制執行ニ於テモ亦差押ノ目的物其手續及ヒ差

押以後ノ手續ヲ研究セサルヘカラス蓋シ第五百九十四條以下ハ獨逸民事訴訟法ト同シク此等ノ事情ヲ規定シタルヲ以テナリ

(A) 差押ノ目的物ノ差押ノ其成立原因ノ如何ニ拘ラス其目的物カ金錢第五九八條タルト有體動産タルト(第六一五條)不動産タルト(第六一六條)間ハス債權者ノ有スル財産の債權ニシテ(第六編第二章第三款他)ノ財産權又他ノ財産權トハ有體動産ニモ(第五六六條以下)金錢債權ニモ(第五五九條以下)及ヒ有體物ノ引渡若クハ給付ヲ目的トスル請求權ニモ(第六一四條)屬セタル財産權ヲ指示ス(第六二五條)而シテ後者ノ財産權トシテ強制執行ノ目的物タルコトヲ得ルニハ第一ニ不動産ニ屬セタルコトヲ要ス蓋シ若シ然ラスンハ第六百四十一條以下ノ規定ニ依リテ處分セラルヘキモノナレハナリ第二ニ金錢の價額ヲ有シ且ツ賣却若クハ使用及ヒ收益ニ因リテ成立スル執行行為ニ依リ換價セラルルコトヲ得ルモノナルヲ要ス何トナレバ若シ然ラスンハ金錢債權ニ對スル満足ヲ用キ供スルコト能ハサルハナリ故ニ身分權契約解除權貸借關係ノ解約申入權ノ

如キハ茲ニ所謂執行ノ目的物ト爲ラス第三ニ權利トシテ既ニ債務者ノ財産ニ屬シタルコトヲ要ス故ニ相續財産取得ノ希望ノ如キ將來ニ於ケル債務者ノ財産取得ノ希望ハ茲ニ所謂執行ノ目的物ト爲ラス第四ニ權利自體又ハ權利ノ行使ヲ讓渡スルコトヲ得ルモノタルヲ要ス如何ナル權利カ財産權ニシテ又讓渡スルコトヲ得サルヤ否ヤハ實體法並ニ民事訴訟法第六百十八條ニ依リテ之ヲ定ム而シテ權利ノ性質上讓渡スコト能ハサルモノニ非スシテ唯第三者ノ民法上ノ異議權ニ依リテ讓渡スコト能ハサルモノハ執行上讓渡スコト能ハサル財産權ナリト謂フコト能ハス何トナレハ斯ル權利ハ唯第三者ノ同意ヲ得サル場合ニ限リテ執行ヲ妨ケラルルニ過キサレハナリ先買權民法第二六九條管財人ノ行使スベキ取消權其他專屬的性質ヲ有スル財産權殊ニ法定扶養請求權ノ如キハ讓渡スルコト能ハサルノ權利ナリ是ヲ以テ其有財産ノ持分權著作權專賣特許權永小作權地上權地役權質權抵當權其他貸借權ノ如キハ他ノ財産權ニ屬スルモノト認ムルコトヲ得ヘシ

(三) 差押手續

債權其他ノ財産權ニ對スル差押ノ手續ハ差押ヘキ財産權ノ種類ニ從ヒテ各異ナレリ

第一ニ手形其他裏書ヲ以テ移轉スルコトヲ得ル證券類存貯證券倉庫ニ關スル預證券其他ノ商業證券ノ類但シ記名證券ノ如キ裏書ヲ以テ移轉スルコト能ハサルモノハ第五百八十一條及第五百八十二條ノ規定ニ依ルベキモノナルヲ以テ茲ニ所謂證券中ニ包含セスニ依レル債權ノ差押ハ目的物カ金錢ナルト其他ノ物權ナルトヲ問ハス執達吏ノ占有ニ依リテ成立シ第三債務者ニ對スル命令ニ依リテ成立セス(第六〇三條第五九八條蓋シ斯ル債權ニ關シテハ債務者ハ唯證券ニ依リテ明白ナル債權者ニ對シテノミ有效ナル支拂ヲ爲スコトヲ得ルモノナルヲ以テ有體動產ノ差押ニ於ケルト同シ執達吏ノ證券占有ニ依リテ差押ノ目的ヲ達スルコトヲ得レハナリ隨テ此種ノ債權ノ差押ニ於テハ執達吏ノ證券占有ノミヲ以テ足レトシ執行裁判所ノ差押命令ヲ必要トセス之ヲ換言セハ執達吏ノ證券占有ノ第五百九十八條ニ規定セタル差押ニ代ルモノニシテ之ト結合スルモノニ非ス立法上ノ理由)

軌速吏ハ差押ヲヘキ證券ニ依ル債權ヲ債務者カ占有シタルトキハ自ラ其占
有ヲ爲スヘキ第五百六十六條第二項ヲ準用シテ債務者ノ保管ニ任スルコトヲ
得ス何トナレハ若シ然ラスニハ差押ノ確實ヲ期スルニ至リ得タルハナリ然レ
ドモ債權者又ハ第三者カ占有シタルトキハ第五百六十七條ヲ準用シテ從來未
占有者ニ保管ニシムルヲ得ヘシ而シテ軌速吏何レノ場合ニ於テモ差押ヲ爲
シタル旨ヲ債務者ニ通知セサルヘカラス(第五五六六條準用又軌速吏カ證券ヲ占
有スルコト能ハサリシトキハ差押ノ效力シ占有ノ方法) 國ハハ債務者ノ債權

執達吏ハ差押ニ係ル他ノ有體動產ト同シタ差押ヘタル手形其他裏書ヲ以テ移轉スルコトヲ得ル證券ノ債權ノ取立命令又ハ轉付命令アルマテ保管セサルヘカラス何トナレハ此種ノ證券ニ依レル債權ノ差押ハ債權ノ差押ニシテ有體動產ノ差押ニ非サルヲ以テ即チ第六百三條ハ單ニ第五百九十八條ニ規定シタル差押ノ方法ヲ變更シタルニ止マルヲ以テ差押ヘタル債權ノ換價ハ執達吏ノ公賣又ハ適宜賣却(第五七二條以下)ニ非スシテ却テ第六百一條乃至第六百十三條第六百十四條第六百十五條第六百十七條第六百二十條ノ規定ニ依ルベキモノ

ナルヲ以テナリ。然レ軌達吏ハ債權者ニ證券ヲ交付スル以前ニ於テ拒絕證書ヲ作成スル必要アルトキハ債務者ニ代リ之ヲ作成セザルヘカラス。第二ニ手形其他裏書ヲ以テ移轉スルコトヲ得ル證券ニ依ル債權以外ノ財産權即チ(一)金錢ノ支拂ヲ目的トスル債權(二)有體動産ノ給付若クハ引渡ヲ目的トスル債權(三)債權ニ非スシテ移轉スルコトヲ得ヘキ財産權ノ差押ハ獨逸民事訴訟法ニ於ケルト同ク執行裁判所ノ差押命令ニ依リテ之ヲ爲シ軌達吏ノ職權ニ屬セザルナリ。蓋シ債權其他ノ財産權ノ差押ハ其方法複雜ニシテ又第三者ニ對シ裁判所ノ公力ヲ必要ト爲スト以テナリ。第五九四條唯第六百十五條ノ場合ニ於テノミ執行裁判所ト軌達吏トノ連合手續アルノミ執行裁判所ノ行動ハ不干沙主義ノ結果トシテ債權者ノ申立即チ差押ヘキ債權額ノ種類及ヒ數額ヲ開示シタル即チ確實ニ表示シタル差押命令ノ申請ヲ前提要件トスル此申請ハ書面又ハ口頭ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得第五九六條第一三五條又債權者ハ差押命令ノ申請ヲ爲スニ際シテ執行力アル正本ヲ提出シ且ツ正本ノ送達アリタル旨ヲ證明セザルヘカラス其他第五百二十八條第二項ノ場合ニ於テハ之ニ關スル

執行文及び其原因タル證明書ヲ指示シ第五百三十條ノ場合ニ於テハ通知ノ受
取書ヲ添附セタルヘカラス何トナレハ強制執行ハ差押命令ヲ發スルニ因リテ
開始シ其送達ニ因リテ開始スルモノニ非タレハナリ而シテ提出セラレタル執
行力アル正本ハ同一債權ニ付キ數回ノ執行ヲ爲スコトヲ避クルカ爲メニ差押
命令ヲ發シタル後其旨ヲ附記シテ債權者ニ返還スルヲ適當トス然レトモ法律
上之ヲ必要ト爲スモノニ非ス何トナレハ民事訴訟法ハ執行力アル正本ヲ濫用
ヲ防止スルカ爲メニ權限ヲ執行裁判所ニ委任セサルヲ以タナリ十五條ノ場合
執行裁判所ノ事物ノ管轄ハ專屬的ナリ(第五四三條第五六三條土地ノ管轄ハ本
則トシテ債務者ノ普通裁判籍ヲ有スル地ノ管轄區裁判所ニ專屬シ(第一〇條乃
至第一二條隨テ普通裁判籍ヲ異ニスル數多ノ債務者ニ對シ執行ヲ爲ス場合ニ
於テハ數多ノ執行裁判所ヲ見ルニ至ルヘシ補充管轄トシテハ即チ債務者カ我
帝國内ニ於テ普通裁判籍ヲ有セサルトキハ債務者ノ財産所在地ヲ管轄スル區
裁判所(第一七條ニ專屬シ(第五六三條隨テ數多ノ債務者ニ對シ執行ヲ爲ス場合
ニ於テ各財産所在地ヲ異ニスルトキハ數多ノ執行裁判所ヲ見ルニ至ルヘシ而

シテ債務者ノ財産カ債權ナルトキハ第三債務者ノ住所又ハ債權擔保ノ目的物
所在地ヲ管轄スル區裁判所カ執行裁判所タルヲ言フ然ラス又補充裁判所カ數
多アルトキハ債權者ハ第二十五條ノ規定ニ從ヒテ選擇ヲ爲スコトヲ得ヘシ執
行裁判所ノ權限ハ管轄ノ本則ナルト補充ナルトニ拘ラズ民事訴訟法ニ從ヒテ
行ハルヘキ總テノ債務名義ニ關スル強制執行ニ付キ管轄區域内ニ存スルト否
トヲ問ハス債務者ノ有スル債權其他ノ財産權ニ擴張セラルルモノトス隨テ第
五百四十九條及ヒ第五百六十五條ノ規定ニ基テ訴ハ該執行裁判所ニ提起スル
コトヲ得ヘシ管轄權ナキ裁判所ノ差押ハ無効ナリ故ニ利害關係人ハ第五百四
十四條ノ規定ニ基テ又第三債務者ハ債權者ノ訴ニ對シ抗辯ヲ以テ該無効ヲ
主張スルコトヲ得ヘシ(第五九五條但シ債權ノ假差押及ヒ假處分ニ關シスハ例
外トシテ命令ヲ發シタル裁判所ヲ執行裁判所ト爲スコトハ第七百五十條第二
項及ヒ第七百五十六條ニ依リテ明瞭ナリ差押命令ノ申請ニ對シ裁判ハ口頭
辯論ヲ經スル之ヲ爲スコトヲ得第五四三條第三項又差押命令ヲ發スル以前
ニ於テハ豫メ第三債務者及ヒ債務者ヲ審訊セサルモノトス(第五九七條蓋シ此

等ノ者ヲ審訊スルハ債權ヲ處分シ且ツ差押ヲ無効ナラシムルノ機會ヲ發生セシムルヲ以テナリ隨テ斯ル機會ヲ發見シタル處ナキト即チ差押命令ヲ發シタル後ニ於テハ債務者ヲ審訊シテ執行裁判所ノ適當ト認メタル以上第六百條ニ規定シタル處分ヲ爲スコトヲ得區裁判所ハ職權ヲ以テ管轄權ノ有無ヲ調査シ債權者ハ其申請ニ付キ説明ヲ爲サザルベカラズ而シテ裁判ノ形式ハ決定ニシテ第五百五十八條ニ從ヒテ債權者及ヒ債務者間ニ即時抗告ヲ以テ攻撃スルコトヲ得然レトモ差押命令其モハ第五百五十八條ニ規定シタル裁判ニ非ス何トナレハ該命令ニ對シテ第五百四十四條ノ規定ニ從ヒテ不服ヲ申立テヘキモノナレハナリ(通則)其後債權者ハ該命令ニ對シテ不服ヲ申立テ他裏書ヲ以テ讓渡スルコトヲ得ハ證券ニ依レバ債權以外ノ財產權ハ通則トシテハ執行裁判所ノ差押命令ニ依リテ差押アルコトヲ得ルモノナレトモ種類ニ從ヒテ執行手續ヲ異ニセザルヲ得ス是ニ於テカ下ノ特別ヲ生ス(一)金銀ノ支拂ヲ目的トスル債權ニ關シテハ執行裁判所ハ執行ノ前提要件ノ適法ニ存在スルモノト認メタル場合ニ於テ差押命令即チ第三債務者債務者ノ

雜 記

○委任ノ解除ニ關スル特約ノ效力 委任ハ各當事者ニ於テ何時ニテモ之ヲ解除スルコトヲ得ルヲ原則トス(民法第六五一條第一項)此規定ハ強行の法則ナルカ曰ク外國ニ於テハ即チ然リト認ムルモノアリト雖モ我民法ノ解釋トシテハ之ニ反スル特約ヲ爲スモ無効トスヘカラサルカ如シ然ラハ其特約即チ一定ノ期間委任ヲ解除セザルノ約束ハ當事者雙方ニ於テ遵守スヘキカ將テ其特約ハ單ニ受任者ヲ結束スルニ止マルカ換言スレハ委任契約解除權ノ放棄ハ各當事者雙方ニ於テ公ノ秩序ニ反セザルカ此點ニ關シ大審院ハ判決シテ曰ク民法上委任ノ規定ハ公ノ秩序ニ關スルモノト認ムヘカラサルヲ以テ委任契約ニ付テハ民法ノ規定ニ異ナタル特約ヲ爲スコトヲ得ヘシ然レハ原裁判所カ委任契約ハ各當事者ニ於テ何時ニテモ解除スルヲ得ヘキ規定アルヲ以テ反對ノ契約ヲ爲スコトハ許スヘカラサルモノナリト説明シタルハ不法ナリト雖モ原判決ニ認定シタル事實ニ據レハ本件ハ被上告人ノ扶助料受取方ヲ上告人ニ委任シ

タル契約ナレハ被上告人ニ於テ其委任ノ解除ヲ求ムル以上委任ハ其性質上假令或ル期間委任ヲ解除セスト云フカ如キ特約アルモ受任者タル上告人ニ於テ其特約ヲ強要スルヲ得タルモノナルヲ以テ原判決ニ被上告人カ委任解除ノ意思表示ヲ爲シタル事實ヲ認メテ被上告人ノ證書返還ノ請求ヲ其理由アリト判斷シタルハ結局相當ノ裁判ニシテ云云ト（大審院明治三十五年三月三十一日第二民事部判決）此判決ニ依レハ委任契約解除權ノ拋棄ハ委任ノ性質上受任者ノミニ於テ有效ニシテ委任者ハ解除權ヲ拋棄スルコト能ハスト認メタルモノニシテ前項第六百五十一條第一項ノ規定ハ片面的強行規定ト爲リ同條ニ所屬當事者タル文字ハ甚タ了解シ難キ結果ヲ生ス（大審院明治三十五年三月三十一日第二民事部判決）○控訴審ニ於ケル新ナル請求 民事訴訟法第四百十六條ニ所謂新ナル請求トハ同法第四百十六條第二號及ヒ第三號ノ請求即チ本案又ハ附帶請求ニ付キ訴ノ申立ヲ擴張又ハ減縮スルコト及ヒ請求ノ目的物ノ減盡又ハ變更ニ因リ賠償ヲ求ムルコトヲモ包含スルヤ例ヘハ第一審ニ於ケル最後ノ口頭辯論前新ニ發見シタル證據ニ據リ訴ノ申立ヲ擴張スヘキコトヲ知リナカラ其擴張ヲ爲ス

コトヲ意リタル如キ又例ヘハ同時期ニ於テ最初求メタル物ノ減盡シタルコトヲ知リナカラ之カ代償ヲ求ムルコトヲ爲サザリシ如キ場合ニ於テハ控訴審ハ原告若クハ被告ニ過失アリトシテ之ヲ棄却スヘキモノナルカ將タ當然之ヲ審理判決セザルヘカラサルカ右第四百十六條第一讀スルトキハ同文字中ニハ第四百十六條第二號第三號ノ場合ヲ含ムカ如ク見エサルニ非ス之ニ對スル大審院ノ判決ニ依レハ右第四百十六條第二號及ヒ第三號ノ場合ハ當然第二審ニ於テ主張スルコトヲ得ルモノト解スヘキカ如シ其判決要旨ニ曰ク民事訴訟法第四百十六條ニ當事者カ過失ニ非スシテ第一審ニ提出シ能ハザリシコトヲ疎明スルヲ要スル旨ヲ規定セルハ相殺スルコトヲ得ヘキ新ナル請求ニ關スルモノニシテ該法第四百十六條第二號及ヒ第三號ノ場合ニ關スルモノニ非ス（大審院明治三十五年三月三十一日第二民事部判決）○假差押命令ト財産使用權 裁判所カ或特定物ニ對シ假差押ノ命令ヲ發シタルトキハ其所有者ハ其財産ヲ自由ニ使用スルコト能ハサルヤ否ヤ大審院ハ曰ク云云本件ハ上告人所有ノ船舶ニ對シ單ニ假差押ノ命令ヲ發シタルノミ

止リ未タ其執行ナカリシニ付キ上告人ハ自由ニ之ヲ使用スルコトヲ得可ク此
 場合ニ當リ假差押ノ執行アラントラ慮リ備船契約ヲ爲サシカ如キハ法
 律上上告人ノ爲ス可キ當然ノ責務ニアラスアレハ之ヲ爲メ損害ヲ生スルモ是
 自カラ招キタルモノト云フノ外ナク此損害ヲ指シテ假差押ノ命令ヲ發セシメ
 タル被上告人ノ不法行為ヨリ生シタルモノト云フヲ得サルコトハ云云ト(大
 明治三十五年三月二十六日第二民事部判決事)

○石氏送別會 昨年七月本校ヲ卒業セラレタル韓國人石鎮衡氏其國命ニ依
 リ將ニ本邦ヲ去ラントス蓋シ本校カ外國人タル卒業生ヲ出シタルハ實ニ氏ヲ
 以テ嚆矢トス今ヤ氏ハ本國政府ノ召還ニ依リ已ムコトヲ得ヌ本邦ヲ去ラサル
 ヘカラサルニ會セリ是ニ於テカ本校校友會ハ去ル十二月午後氏ノ爲メ送別
 ノ宴ヲ本校内ニ開キタリ會スル者數十名秋山學士先ツ立テ氏ヲ送ルノ詞ヲ
 述ヘラレ次ニ石氏ノ答詞並ニ本校ニ在學スルニ至リタル經歷並ニ苦學ノ狀況
 將來ノ方針及ヒ佛國遊學ノ企圖アル旨ヲ述ヘラレ尋テ田中博士外數氏ノ慷慨
 且多趣ナル演說アリテ七時過キ散會シタリ

高等科校外生募集廣告

高等科講義錄第七號目次 (四月十二日發行)

- 憲法ノ效力ニ關スル推測 著者 竹井第一郎
- 憲法ノ條約トノ關係及ヒ憲法ノ變更停止ニ付テノ推測 著者 竹井第一郎
- 再婚ノ法律上ノ效果及ヒ戸主權ノ喪失等ニ關スル推測 著者 竹井第一郎
- 主權ノ所在ニ關スル學說並ニ處分ニ付テノ推測 著者 竹井第一郎
- 公訴權及ヒ私訴權ノ發生原因並ニ公訴權及ヒ私訴權ノ行使ニ關スル推測 著者 竹井第一郎
- 梅上捕獲ニ關スル推測及ヒ評議 著者 秋山學士
- 羅馬法 (自六二頁至九二頁) 著者 田中

◎高等講義錄 毎月一回發行月謝金四十錢

○入學希望者ハ此廣告中込メテ入學可トス

三十六年四月

和佛法律學校

止リ未タ其執行ナカリシニ付キ上告人ハ自由ニ之ヲ使用スルコトヲ得可ク此
 場合ニ當リ假差押ノ執行アラシコトヲ慮リ備船契約ヲ爲ササリシカ如キハ法
 律上上告人ノ爲ス可キ當然ノ責務ニアラスサレハ之カ爲メ損害ヲ生スルモ是
 自カラ招キタルモノト云フノ外ナク此損害ヲ指シテ假差押ノ命令ヲ發セシメ
 タル被上告人ノ不法行爲ヨリ生シタルモノト云フヲ得サルコトハ云云ト(大
 正三十五年(オ)第六百二十六號損害賠償請求事
 件明治三十六年一月二十六日第二民事部判決事)

○石氏送別會 昨年七月本校ヲ卒業セラレタル韓國人石鎮衛氏其國命ニ依
 リ將ニ本邦ヲ去ラントス蓋シ本校カ外國人タル卒業生ヲ出シタルハ實ニ氏ヲ
 以テ嚆矢トス今ヤ氏ハ本國政府ノ召還ニ依リ已ムコトヲ得ヌ本邦ヲ去ラサル
 ヘカラサルニ會セリ是ニ於テカ本校校友會ハ去ル十二日午後氏ノ爲メニ送別
 ノ宴ヲ本校内ニ開キタリ會スル者數十名秋山學士先ツ立テ氏ヲ送ルノ詞ヲ
 述ヘラレ次ニ石氏ノ答詞竝ニ本校ニ在學スルニ至リタル經歷竝ニ苦學ノ狀況
 將來ノ方針及ヒ佛國遊學ノ企圖アル旨ヲ述ヘラレ尋テ田中博士外數氏ノ慷慨
 且多趣ナル演說アリテ七時過ぎ散會シタリ

○高等科校外生募集廣告

高等科講義錄第七號目次 (四月十二日發行)

- 憲法ノ效力ニ關スル推問 法學士 竹井耕一郎
- 憲法ト條約トノ關係及ヒ憲法ノ變更廢止ニ付テノ推問 法學士 竹井耕一郎
- 再婚權ノ再婚權ノ家族ノ維持及ヒ主權ノ喪失等ニ關スル質疑應答竝ニ推問 法律學士 鶴 丈一郎
- 主權ノ所在ニ關スル講演竝ニ處分ニ付テノ推問 法學士 松浦鎮次郎
- 公訴權及ヒ私訴權ノ發生原因竝ニ公訴權及ヒ私訴權ノ行使ニ關スル講演 法律學士 鶴見守義
- 海上捕獲ニ關スル推問及ヒ講演 法學士 秋山雅之介
- 羅馬法 (自六一頁至九二頁) 法學士 田 中 暹

○高等科講義錄 每月二回發行月謝金四十錢
 ○入學志望者ハ此際至急申込マルヲ可トス

和佛法律學校

三十六年四月

法學志林

每月一冊十五日發行
校友、生徒、校外生三限
一冊特價銀共金九錢
十冊特價銀共金八錢

第四十二號

(四月十五日發行)

志林

- 陸戰ノ法規價例條約ニ付キ占領地ニ於ケル私有民ノ權利ノ規定ヲ論ス
- 法學士 秋山雅之介
- 國法學ト財政學トノ關係
- 法學士 岡 實

纂論

- 取引所(續)
- 鐵道ノ輸物アリト信シテ詐欺取財ノ輸物ヲ故買シタル者ノ處分
- 法學士 谷 野 格
- 租税、公用徵收及ヒ徵發ノ異同
- 法學士 松浦鎮次郎

解疑

- 無記名株式ノ譲渡及ヒ其第三者ニ對抗スヘキ條件
- 法學士 杉本貞治郎
- 立木ニ關スル物權ノ權利ノ變更ヲ公示スル方法
- 法學士 中山成太郎

其他

- 判例、雜報、記事 數十件

和佛法律學校

發行所 司法省
指定

和佛法律學校

(電話番町百七十四番)

明治三十六年四月廿七日印刷
明治三十六年四月廿八日發行

(定價金五拾錢)

編輯者

萩 原 敬 之

印刷者

小 宮 山 信 好

印刷所

金 子 活 版 所

東京市總町區富士見町六丁目十六番地

(明治二十二年十二月九日內務省許可)
(明治三十五年十一月四日第三種郵便物認可) 毎月廿一閱一日三日五日六日八日十日十一日十二日十三日十五日十六日十八日廿一日廿二日廿三日廿五日廿六日廿七日廿八日廿九日三十日發行